

Université de Montréal

**Portée et limites du principe de non refoulement
de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés
dans le contexte du traitement extraterritorial des demandes de
statut de réfugié**

par

Alice Chaix

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maître
en Droit
option Droit International

Avril, 2010

© Chaix Alice, 2010

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

Portée et limites du principe de non refoulement
de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés
dans le contexte du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié

présenté par
Alice Chaix

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Daniel Turp
Président rapporteur

France Houle
Directrice de recherche-Membre du jury

Suzanne Lalonde
Membre du jury

RÉSUMÉ

Depuis quelques années, les États adoptent des politiques qui cherchent à séparer l'admission des réfugiés sur le territoire d'un État et l'attribution du statut de réfugié. En Europe, ce genre de politique est désigné par le terme *externalisation*. Cependant, par souci d'objectivité, nous avons choisi d'employer le terme *extraterritorial*. En effet, l'expression externalisation comporte en elle-même la critique de son objet.

En Europe, aucune politique qui dissocie l'attribution du statut de réfugié et l'entrée sur le territoire d'un État n'a été mise en place, toutefois, cette idée fait partie des réflexions institutionnelles et elle reste un objectif de l'agenda européen.

Ce mémoire cherche donc à analyser la proposition de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, faite en Europe, au regard de l'obligation la plus contraignante au sein du droit international des réfugiés : le principe de non refoulement. En ce sens, il sera nécessaire d'analyser l'étendue ainsi que les limites du principe de non refoulement, au regard de l'interprétation et de la mise en œuvre qui en sont faites.

Ce mémoire démontrera que derrière une vive polémique sur la question, la proposition de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est compatible avec l'article 33 alinéa 1 de la Convention relative au statut des réfugiés.

Mots-clés : principe de non refoulement – extraterritorial – statut de réfugié - Europe

ABSTRACT

For the past few years, States have been adopting policies aimed at separating the admission of refugees on a territory from the determination of their refugee status. In Europe, this kind of political choice is usually designated by the term *externalization*. However, we have used the term *extraterritorial* to qualify this process, as we felt that *externalization* lacked objectivity. Indeed, *externalization* contains an implicit criticism of our research object.

In Europe, these extraterritorial policies have not yet attained a legal status. Indeed, no legal rules are being currently applied which provide for the dissociation between admission and determination. Nevertheless, this idea is part of ongoing reflections and it remains an objective of the European agenda.

This thesis analyzes the legality of the European proposal related to an extraterritorial treatment of the status of refugee, in light of the theoretical principle of *non-refoulement* which is at the heart of the protection granted to refugees by international refugee law. To this end, it is necessary to analyze the scope and the legal limits of the *non-refoulement* principle in regards to its interpretation and implementation. Although there exists a lively debate on this issue, extraterritorial treatment of refugee claims does not, at least *prima facie*, violate the principle of *non-refoulement* enshrined in s. 33, para. 1 of the *Convention relating to refugee status*.

Keywords : *non-refoulement* principle – extraterritorial – refugee status – Europe

TABLE DES MATIÈRES

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Remerciements.....	vi
Note préliminaire.....	vii
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PARTIE I. La signification du principe de non refoulement : l'interprétation rationae loci du principe de non refoulement en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés et de son protocole de 1967	9
1.1 Argumentaire juridique relatif à une interprétation extraterritoriale du principe de non refoulement.....	12
1.1.1 Le sens ordinaire des termes de l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés	14
a) À la lumière du contexte des termes de l'article 33.....	14
b) À la lumière de l'objet et du but de l'article 33.....	17
1.1.2 La pratique ultérieure des États.....	19
1.1.3 Les règles pertinentes du droit international applicables entre les parties	22
1.1.4 Les accords ultérieurs intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.....	26

1.2 Argumentaire juridique relatif à une application territoriale du principe de non refoulement.....27

1.2.1	Le sens particulier des termes 'expulser' et 'refouler' de l'article 33 al. 1.....	31
1.2.2	Le contexte des termes de l'article 33 al. 1.....	34
1.2.3	Les règles pertinentes du droit international	35
	Conclusion de la première partie.....	38

PARTIE II. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié à l'épreuve du principe de non refoulement en vertu de l'article 33 alinéa 1 de la Convention relative au statut des réfugié..... 40

2.1 L'historique institutionnel de la proposition relative au traitement des demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire européen 45

2.1.1	Une proposition en gestation : 2000-2002.....	47
2.1.2	Une proposition en débat : 2002-2008.....	49
2.1.3	Les développements récents : 2008-2010.....	63

2.2 L'adéquation entre le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié et le principe de non refoulement 68

2.2.1	Les arguments de texte.....	71
a)	Les arguments de texte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement.....	71
b)	Les arguments de textes démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement.....	76
2.2.2	Les arguments téléologiques.....	78
a)	Les arguments téléologiques démontrant que le traitement extraterritorial des demandes d'asile va à l'encontre du principe de non refoulement.....	79

b) Les arguments téléologiques démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement.....	84
2.2.3 Les arguments historiques et contextuels.....	85
a) Les arguments historiques et de contexte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes d'asile va à l'encontre du principe de non refoulement.....	85
b) Les arguments historiques et de contexte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement.....	86
2.2.4 Les arguments <i>conséquentialistes</i>	87
a) Les arguments <i>conséquentialistes</i> démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement.....	88
b) Les arguments <i>conséquentialistes</i> démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement.....	89
Conclusion de la deuxième partie.....	90
CONCLUSION GÉNÉRALE	91
Bibliographie	97
Traités et autres instruments internationaux.....	97
Jurisprudence.....	100
Doctrine.....	101
Annexe I	viii
Annexe II	ix

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma grande reconnaissance à ma directrice, professeure France Houle. Je la remercie pour la disponibilité dont elle a fait preuve, pour les conseils qu'elle m'a fournis ainsi que pour son accompagnement constant durant la rédaction de ce mémoire. Je lui suis très reconnaissante également de m'avoir poussée à aller toujours plus loin. J'en retire et retiens un gain sans précédent sur le plan intellectuel. Je remercie les membres de mon jury.

Je suis également très reconnaissante envers mon conjoint, Stephene Ashikwe, qui m'a épaulée, accompagnée et encouragée au quotidien dans cette expérience. Je le remercie également de m'avoir fourni des commentaires précieux tout au long de la réalisation de ce mémoire. Pour m'avoir continuellement soutenu et été ma source d'inspiration je lui serai toujours reconnaissante. Un immense merci à mes parents, Rémy et Monique Chaix, qui ont toujours cru en moi et qui ont rendu possible mon entière consécration à ce mémoire durant tout le temps de la rédaction. Je souhaite dédier ce mémoire à mes parents et mon conjoint.

Enfin merci à mes frères, Antoine et Robin, et à ma belle-famille pour leur soutien sur le plan personnel, à mon amie Magdalena Sokol pour ses encouragements répétés tout au long de ma maîtrise et à Idil Atak pour son aide, ses remarques et sa gentillesse.

NOTE PRÉLIMINAIRE

Les références contenues dans les notes de bas de page ainsi que la bibliographie ont été rédigées conformément aux prescriptions du *Guide des références pour la rédaction juridique* du professeur Didier Lluelles (7^e édition). Toutefois, les références à la documentation européenne ont été réalisées à l'aide du *Manuel canadien de la référence juridique* (7^e édition).

INTRODUCTION

«Les États membres envisagent depuis longtemps de traiter les demandes d'asile depuis l'extérieur de l'Union européenne, afin de réguler le flux de réfugiés sur le sol européen et d'accorder plus rapidement une protection internationale à ceux qui en ont besoin»¹.

L'Union européenne est engagée depuis 1999 dans un processus d'uniformisation du régime juridique de l'asile. En plus d'une harmonisation des normes élémentaires en matière d'asile (accueil, procédures d'asile et conditions pour pouvoir obtenir le statut de réfugié), l'Union européenne examine l'idée d'intégrer une dimension externe de l'asile à ses politiques relatives à la détermination du statut de réfugié². Cette dimension externe de l'asile, qui comporte l'idée d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, repose sur l'établissement d'une coopération avec les pays tiers dans la gestion de l'asile. Elle tire notamment son origine d'une proposition qui a été faite par le Royaume-Uni le 10 mars 2003³.

Concrètement, il y est suggéré d'établir des «centres de transit et de traitement» (*transit processing centers*) à proximité des frontières extérieures de

¹ «Entrée des réfugiés dans l'UE et renforcement de leur protection dans les pays de premier asile», en ligne : Europa, synthèse de la législation de l'Union européenne <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons asylum_immigration/114152_fr.htm>. (consulté le 25 novembre 2010).

² Voir le document suivant : CE, Commission, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - Le programme de La Haye: Dix priorités pour les cinq prochaines années Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice*, Luxembourg, 2005, COM 184 final, point 2.3.4, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:FR:HTML>>. (consulté le 26 novembre 2010).

³ R-U, Gouvernement, *New Vision for Refugees*, Londres, Ministère de l'intérieur, 2003, en ligne : <http://www.proasyl.de/texte/europe/union/2003/UK_NewVision.pdf>. (consulté le 15 janvier 2010)

l'Union européenne⁴. Ces centres auraient pour tâche d'étudier les demandes de statut de réfugié à destination de l'Europe. Les procédures à suivre sont encore largement à déterminer, mais il est déjà possible d'avancer que la mise en œuvre du traitement extraterritorial des demandes se ferait de la façon suivante⁵. Les demandes de statut de réfugié seraient traitées dans un pays tiers soit par un organisme humanitaire tel que le Haut Commissariat aux Réfugiés (ci-après «HCR») ou l'Organisation Internationale des Migrations (ci-après l'«OIM»), soit par une délégation de fonctionnaires européens. À l'issue de la procédure de traitement de la demande, les personnes qui rempliraient les conditions d'obtention du statut de réfugié seraient réinstallées en Europe (probablement dans le pays vers lequel elles souhaitaient se rendre) et obtiendraient de ce fait un visa d'entrée en Europe. À l'opposé, les personnes qui ne rempliraient pas les conditions d'obtention du statut de réfugié seraient renvoyées dans leur pays d'origine sans pouvoir entrer sur le territoire européen.

Inévitablement, cette proposition soulève des interrogations non seulement à l'égard du respect des droits des réfugiés mais aussi à l'égard du pouvoir des États européens de mettre en œuvre un telle procédure externe d'examen des demandes de statut de réfugié. Cette proposition provoque aussi une vive controverse puisque les expériences passées des États-Unis⁶, d'une part, et de

⁴ Gregor NOLL, «Visions of the Exceptional : Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones», (2003) 5 *European Journal of Migration and Law* 303.

⁵ Voir le document suivant : Conseil de l'Europe, AP, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, 29^e séance, *Une évaluation des centres de transit et de traitement en tant que réponse aux flux de migrants et de demandeurs d'asile*, Texte adopté résolution 1569 (2007), en ligne : <<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/Fres1569.htm>> (consulté le 20 novembre 2010).

⁶ En 1994, les États-Unis avaient utilisé la base militaire de Guantanamo aux fins de traitement extraterritorial des demandes d'asile des *boat people* haïtiens interceptés en mer et exilés à la suite d'un coup d'État et de troubles politiques sérieux. Voir pour des études sur le non-respect des droits des réfugiés dans cette procédure : Jessica C. MORRIS, «The Spaces in Between :

l'Australie⁷, d'autre part, montrent l'ineffectivité partielle de cette procédure dans la mesure où son application entraîne le non-respect des droits des réfugiés.

Traditionnellement, tous les États européens possèdent une procédure de détermination du statut. Ainsi, le modèle procédural typique de ces États est de fournir, dans un premier temps, un accès au territoire permettant au demandeur de statut de réfugié de déposer sa demande et, dans un second temps, d'examiner cette demande de protection par les fonctionnaires désignés de cet État. Le demandeur du statut de réfugié est donc autorisé à rester sur le territoire de l'État pendant la période durant laquelle il attend une décision des autorités publiques.

La procédure de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié renverse ces deux temps du processus typique de détermination du statut de réfugié. Tout d'abord, la demande d'asile est évaluée. Ensuite, et si la décision est favorable, le demandeur aura accès au territoire. L'entrée dans un pays d'asile est donc subordonnée à l'obtention du statut de réfugié. Il en résulte une dissociation entre l'attribution d'une protection et l'accès au territoire.

American and Australian Interdiction Policies and their Implications for the Refugee Protection Regime», (2003) 24 *Refugee* 51-62 ; HCR, «Brief Amicus Curia : The Haitian Interdiction Case», (1993) 6 *International Journal of Refugee Law* 85-102 ; Harry BLACKMUN, «The Haitian Refoulement Case : Dissenting Opinion», (1994) 6 *International Journal of Refugee Law* 71-84 ; Guy GOODWIN-GILL, «The Haitian Refoulement Case : a Comment», (1994) 6 *International Journal of Refugee Law* 103-109.

⁷ C'est à partir de 2001 que l'Australie a procédé au développement d'une stratégie de restriction de l'accès à son territoire aux demandeurs d'asile arrivés illégalement par bateau. À cette occasion, l'île de Nauru avait accepté d'agir en tant que centre de traitement des demandes d'asile, à condition que l'Australie couvre tous les frais y afférents ainsi qu'à la condition que tous les réfugiés soient réinstallés en Australie ou dans d'autres pays. Cette solution au problème des *boat people*, dite «Pacific Solution», a pris fin en 2007. L'arrêt de l'une et l'autre de ces pratiques prouvent bien qu'elles manquaient de légitimité et qu'elles posaient problème d'un point de vue légal. Sur le sujet, voir les articles suivants : Penelope MATHEW, «Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa», (2002) 96 *The American Journal of International Law* 661-676 ; Tara MAGNER, «A Less than Pacific Solution for Asylum Seekers in Australia», (2004) 16 *International Journal of Refugee Law* 53-90 ; Susan KNEEBONE, «The Pacific Plan : the Provisions of Effective Protection», (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 696-721.

Si, d'un point de vue juridique, aucune disposition de la *Convention relative au statut des réfugiés*⁸ n'oblige les États à suivre une procédure particulière de détermination du statut de réfugié, la Convention requiert néanmoins que soit respecté le principe le plus fondamental du droit international des réfugiés : le non refoulement. Ce concept de non refoulement établit une protection contre le retour dans un pays où l'individu concerné aurait des raisons de craindre la persécution⁹.

La question générale de cette recherche est par conséquent la suivante : la proposition du Royaume-Uni d'introduire une procédure de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié dans la politique d'asile de l'Union européenne est-elle compatible avec le principe de non refoulement?

La revue de la littérature sur cette question de recherche révèle que la proposition de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié dans le contexte européen est principalement analysée à partir d'un appareillage conceptuel bien défini. Il s'agit de celui relatif aux droits des personnes¹⁰. Les auteurs choisissent ce cadre d'analyse afin d'accentuer une conséquence spécifique engendrée par ce type de proposition : c'est-à-dire la tentative par les États européens de se décharger de leurs obligations envers les réfugiés sur des

⁸ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, (1954) 189 R.T.N.U. 150, (entrée en vigueur le 22 avril 1954).

⁹ H.C.R., Sous comité protection, *Note sur le non refoulement*, 28^e session, EC/SCP/2 (1977), point 1, en ligne < <http://www.unhcr.fr/4b30a58ce.html> > (consulté le 6 décembre 2010)

¹⁰ Se référer aux études suivantes : Madeline GARLICK, «The EU Discussions on Extraterritorial Processing : Solution or Conundrum?», (2006), 18 *International Journal of Refugee Law* 601 ; Karin DE VRIES, «An Assessment of Protection in Regions of Origin in Relation to European Asylum Law», (2007), 9 *European Journal of Migration Law*, 83, p 83. Voir aussi : G. NOLL, préc., note 4 ; AMNESTY INTERNATIONAL, «UK/EU/UNHCR Unlawful and Unworkable – Amnesty International's Views on Proposals for Extraterritorial Processing of Asylum Claims», (2003), en ligne : <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR61/004/2003/en/1f7ab5e7-d6d0-11dd-ab95-a13b602c0642/ior610042003en.pdf>> (consulté le 15 octobre 2009).

pays tiers¹¹. Ainsi, dans la grande majorité de ces analyses, les auteurs soulignent la menace que fait peser un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sur les droits des réfugiés. Peu d'entre elles tentent d'analyser si les États européens sont juridiquement fondés d'agir de la sorte. Les auteurs qui proposent de telles analyses se concentrent uniquement sur la compatibilité du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié avec le droit communautaire¹², laissant ainsi en plan toute la question de l'impact d'un tel traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sur le principe de non refoulement reconnu par l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés de 1951*. Ce principe, faut-il le rappeler, est la pierre angulaire du système de protection des réfugiés mis en place en 1951 par cette Convention.

L'objectif de ce mémoire est de combler cette lacune dans la littérature juridique par une réflexion dans le droit. Cette préférence pour une approche positiviste se justifie du fait que nous souhaitons faire la démonstration, en recourant aux méthodes d'interprétation classiques en droit (texte, but et contexte), qu'au-delà des risques qui pèsent sur les droits des réfugiés, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié peut être compatible avec le texte de l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

Le principal intérêt de recherche est d'ordre scientifique. Il tient de l'apport d'une telle réflexion –axée sur la validité d'une procédure portant sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié vu sous l'angle de sa compatibilité avec le principe de non refoulement– dans les débats juridiques

¹¹ Michelle FOSTER, «Protection Elsewhere : the Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State», (2006-2007), 28 *Michigan Journal of International Law* 223, p 226.

¹² K. DE VRIES, préc., note 10.

contemporains sur la portée et les limites des garanties procédurales applicables aux réfugiés.

Deux questions spécifiques de recherche guideront notre réflexion. La première porte sur la signification du principe de non refoulement à la lumière d'une interprétation *rationae loci*. La deuxième s'intéresse plus précisément à l'effet de la proposition du Royaume-Uni relative au traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sur le principe de non refoulement. Ces deux questions forment l'ossature de notre mémoire et découlent du raisonnement suivant.

Tout d'abord, avant de pouvoir mener une étude sur la compatibilité du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié avec le principe de non refoulement, il faut faire la démonstration qu'il est juridiquement possible d'envisager une telle procédure. Or, la pratique a mis en évidence une controverse sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement. La *Convention relative au statut des réfugiés* ne comporte, en effet, aucune disposition qui ne permet ou n'interdit une telle application extraterritoriale. Ce silence de la Convention a conduit les États à suivre leur propre interprétation, distincte de celle proposée par la majorité de la doctrine.

La première partie de notre mémoire examine donc ces deux différentes interprétations du principe de non refoulement. Par nos analyses, nous cherchons à mieux comprendre et expliquer le débat sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement sous un angle différent de celui proposé par les auteurs. Notre objectif ici est de remettre en cause les postulats des auteurs afin de dépasser les clivages, à la fois scientifiques et idéologiques, par une analyse des arguments appuyant ou rejetant l'application extraterritoriale du principe de

non refoulement¹³.

La deuxième partie de notre mémoire poursuit, elle, un double objectif.

Tout d'abord, nous avons cherché à remettre en contexte la proposition de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Ce contexte est principalement celui de l'Union européenne mais également celui plus global du contexte international du droit des réfugiés. Il est en effet primordial, avant de fournir une analyse juridique, de circonscrire les étapes institutionnelles qui ont précédé la conceptualisation du nouveau régime procédural que représente le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Notre objectif a donc été ici de faire une synthèse de la documentation institutionnelle relative au traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié afin de faciliter l'accès aux références documentaires pertinentes ayant structuré le discours européen sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié.

Ensuite, le second objectif de cette deuxième partie a été de compléter la littérature sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié par l'étude du droit de l'Union européenne afin d'examiner si ce droit permet d'entreprendre une telle démarche. En effet, nous avons voulu montrer qu'au-delà de l'utilisation du cadre conceptuel des droits propres aux réfugiés, une autre approche juridique dans l'analyse du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié était possible. Notre objectif a donc précisément été de chercher à équilibrer la discussion qui existe dans la littérature sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, en proposant une étude qui tienne compte de la perspective étatique sur cette question. Cela nous a permis

¹³ Habituellement dans la littérature les commentateurs choisissent d'exposer le débat selon leur propre point de vue. En exposant les deux facettes de l'argumentation nous souhaitons dépasser ce clivage et dès lors offrir une restitution différente du débat.

de démontrer qu'au-delà de tous les postulats de violation des droits des réfugiés que pourrait sous entendre le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, cette procédure peut être compatible avec le principe le plus contraignant du droit international des droit des réfugiés : le principe de non refoulement.

PARTIE I : LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE DE NON REFOULEMENT : L'INTERPRÉTATION *RATIONAE LOCI* DU PRINCIPE DE NON REFOULEMENT EN VERTU DE LA CONVENTION RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS ET DE SON PROTOCOLE DE 1967

«One particular challenge to the non refoulement principle is the issue of extraterritoriality.»¹⁴

Le principe de non refoulement illustre l'engagement le plus fort de la part de la communauté internationale envers ceux qui ne peuvent plus bénéficier de la protection de leur propre gouvernement¹⁵. Cependant, au fil des ans et des situations migratoires de plus en plus imprévues, cet engagement a montré ses limites.

La principale limite à cet engagement est relative à l'étendue *rationae loci* du principe de non refoulement contenu dans l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés*. En effet, elle a été l'objet d'une controverse importante ces dernières années. Cette controverse découle du fait que la *Convention relative au statut des réfugiés* et son protocole subséquent sont silencieux au sujet de l'étendue *rationae loci* du principe de non refoulement et, à ce jour, cette question n'est toujours pas réglée. Les débats relatifs à l'étendue géographique du principe de non refoulement, entre les autorités doctrinales et étatiques demeurent très polarisés.

D'un côté, la doctrine et les organisations non gouvernementales,

¹⁴ Susan KNEEBONE, *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law. Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

¹⁵ Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum : International Refugee Law and the Off-shoring and Outsourcing of Migration Control*, Thèse de doctorat, Aarhus, Aarhus University, 2009, p 76.

détracteurs d'une lecture restrictive de l'étendue territoriale du principe de non refoulement, considèrent que le principe de non refoulement ne possède que deux limites. La première limite est de nature *rationae personae* : le principe ne s'applique qu'aux personnes à l'égard desquelles il a été créé, c'est-à-dire le réfugié. La deuxième limite concerne l'endroit où un réfugié ne peut être renvoyé¹⁶, c'est-à-dire où sa vie, la liberté ou sa sécurité est menacée. Selon cette perspective, le principe de non refoulement ne permettrait pas, par conséquent, qu'un État applique une procédure relative au traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. En effet, ce type de procédure comporte trop de risque qu'un réfugié soit renvoyé en contravention du principe de non refoulement.

De l'autre côté, les États ont pris position en faveur d'une lecture restrictive de l'étendue territoriale du principe de non refoulement. Cela signifie que ces derniers interprètent le principe de non refoulement comme s'il était applicable qu'aux réfugiés déjà entrés sur le territoire de l'État d'accueil. En d'autres termes, ils estiment que le principe s'applique uniquement sur le demandeur de statut de réfugié qui se trouve physiquement sur le territoire de l'État d'accueil. Son application limitée au territoire permettrait donc aux États d'établir une procédure de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. À cet égard, la pratique des États montre qu'il existe trois situations différentes d'application extraterritoriale du principe de non refoulement. La première situation est celle où le principe s'applique aux frontières des États. La seconde est celle où le principe s'applique au sein de la juridiction d'un État. La troisième est celle où le principe

¹⁶ On se réfère ici à l'endroit potentiel où un réfugié subirait une persécution. C'est l'objet même du principe de non refoulement : on ne peut renvoyer un réfugié vers un lieu où il existe un risque de persécution.

s'applique en tout lieu où un État peut agir¹⁷. Ce sont ces situations qui soulèvent la question de la violation du principe de non refoulement. À cet égard, la littérature se concentre surtout sur la question de l'application extraterritoriale du principe de non refoulement aux situations qui ont lieu à la frontière des États telles que l'extradition, l'expulsion, l'entrée illégale ou encore les zones internationales¹⁸. Plus récemment, l'application du principe de non refoulement pour les interceptions en mer a également été l'objet de diverses études¹⁹. La littérature en la matière n'aborde donc pas l'application du principe de non refoulement sur le territoire d'un autre État. Or, même si certains États «*may accept liability in situations involving interdiction on the high seas, they may refuse that the non refoulement principle applies to actions undertaken on the sovereign territory of another state*»²⁰.

Dans le cadre de notre projet de recherche, nous nous interrogerons seulement sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement en regard de la situation spécifique suivante : celle selon laquelle un État partie à la *Convention relative au statut des réfugiés* agit sur le territoire d'un autre État en vertu d'accords bilatéraux²¹. Cela suppose, dès lors, d'exposer d'une part l'argumentation en faveur d'une application extraterritoriale du principe de non

¹⁷ T. GAMMELTOFT-HANSEN, préc., note 15, p 2.

¹⁸ James HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; Guy GOODWIN-GILL et Jane MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, p 253 à 267.

¹⁹ Sur les recherches concernant le principe de non refoulement et son application dans le cadre des interceptions en mer, voir entre autres : Richard BARNES, «Refugee Law at Sea», (2004) 53 *International and Comparative Law Quarterly*, p 47-77 ; Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, «The Refugee, the Sovereign and the Sea : EU Interdiction Policies in the Mediterranean», (2008), Danish Institute for International Studies, Working Paper no. 6.

²⁰ T. GAMMELTOFT-HANSEN, préc., note 15, p 109.

²¹ Nous devons ici rappeler qu'il s'agit d'une situation fictive et hypothétique dans la mesure où elle est basée sur une proposition et non une loi ou un texte contraignant.

refoulement (1.1) et, d'autre part, l'argumentation contre une application extraterritoriale (1.2).

1.1 **Argumentaire juridique relatif à une interprétation extraterritoriale du principe de non refoulement**

Lorsqu'il est question d'interprétation des traités internationaux, on ne peut faire fi de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969²². En effet, cette dernière constitue un instrument d'autorité indéniable en la matière. De plus, par une argumentation à *contrario* de la jurisprudence internationale, l'interprétation d'un traité est nécessaire uniquement lorsque sa signification manque de clarté²³. Or en l'occurrence, même si une partie de la doctrine²⁴ a déclaré que les termes de l'article 33 étaient sans ambiguïté, la pratique a révélé de profondes divisions. En effet, en raison de l'interprétation divergente du principe de non refoulement, la mise en œuvre de ce dernier manque de cohérence. De ce fait, les termes de l'article 33 ne contiennent pas la clarté qui permettrait une application uniforme de celui-ci. L'interprétation de l'article 33 selon les critères fournis par le droit international des traités est donc justifiée.

Par ailleurs, le recours à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* se justifie

²² Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 331 R.T.N.U. 1155, (entrée en vigueur 27 janvier 1980).

²³ Voir : *Compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations Unies*, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p 8. La CIJ dans cet avis sur la compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies déclarait que «*si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue une signification naturelle et ordinaire ont un sens dans leur contexte, l'examen doit d'arrêter là*».

²⁴ H.C.R., *Note sur le principe de non refoulement* (présentée par le Haut Commissaire), Luxembourg, 4-5 Novembre 1997, p12, en ligne <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=438c6d972>> (consulté le 15 décembre 2009) ; Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service v. Haitian Center Council, 61 USLW 3082 (US 1993). Dans l'arrêt Sale, la Cour Suprême des États-Unis s'était prononcée contre une application extraterritoriale du principe de non refoulement. Un juge seulement, le juge Blackmun, avait émis une opinion dissidente : «*I believe that the duty of non return expressed in both the Protocol and the statute is clear (...) The terms are unambiguous. Vulnerable refugees shall not be returned. The language is clear, and the command is straight forward; that should be the end of the enquiry.*» ; Gregor NOLL, «Seeking Asylum at Embassies : a Right to Entry under International Law?», (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 542.

dans la mesure où elle offre un cadre d'analyse juridique des arguments en faveur d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement. Or, aux fins de la présente étude, il offre un rempart contre lequel nous pouvons appuyer nos analyses du droit positif pour ainsi nous consacrer uniquement à un examen des arguments juridiques relatifs à l'interprétation *rationae loci* du principe de non refoulement. En conséquence, les arguments en faveur d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement seront répertoriés selon les règles d'interprétation prescrites aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne²⁵. Selon le texte de ces articles, nous retiendrons quatre voies d'interprétation de l'article 33 alinéa 1. Dans un premier temps, nous nous attarderons sur le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but. Dans un deuxième temps, nous examinerons la pratique

²⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, préc., note 22. Les articles 31 et 32 disposent :
Article 31

RÈGLE GÉNÉRALE D'INTERPRÉTATION

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;

c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32

MOYENS COMPLÉMENTAIRES D'INTERPRÉTATION

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

ultérieure des États. Dans un troisième temps, il s'agira d'analyser les règles pertinentes du droit international. Enfin, nous étudierons les accords ultérieurs intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

1.1.1 Le sens ordinaire des termes de l'article 33 alinéa 1 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés

Le droit international des traités requiert que la signification d'une disposition dans un traité international soit établie en examinant le sens ordinaire des termes employés, à la lumière de leur contexte ainsi que de l'objet et du but du traité²⁶. L'interprétation ordinaire des termes de l'article 33 alinéa 1 de la Convention de 1951 relative aux statuts des réfugiés se fera donc en fonction de leur contexte, d'une part (a), et en fonction d'une interprétation téléologique, c'est-à-dire de l'objet et du but traité, d'autre part (b).

a) À la lumière du contexte des termes de l'article 33

L'alinéa 2 de l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, indique que le contexte comprend principalement «*le texte, le préambule et les annexes inclus dans le traité*». Étudier la signification ordinaire d'une disposition d'un traité signifie donc d'interpréter celle-ci en regard de tous les articles du traité et de s'attacher à des arguments d'ordre textuels. Les commentateurs distinguent ici la signification ordinaire des termes de l'article 33 alinéa 1 selon qu'ils sont étudiés dans leur généralité ou dans leur spécificité.

Selon le HCR²⁷, une analyse des termes de l'article 33 alinéa 1, dans leur généralité, conduit à conclure qu'il existe une «*restriction géographique*

²⁶ *Convention de Vienne*, préc., note 22, article 31.

²⁷ HCR, préc., note 24, p 19.

*uniquement eu égard au pays vers lequel un réfugié ne peut pas être renvoyé, et non pas vis-à-vis de l'endroit d'où il est renvoyé*²⁸. En ce sens, la seule limitation territoriale existante à l'article 33 alinéa 1 concerne l'interdiction de renvoyer. Cette limitation territoriale touche les pays dans lesquels il existe un risque de persécution pour un réfugié. Aucune limitation n'est, dès lors, explicitement mentionnée en ce qui a trait au lieu depuis lequel est renvoyée une personne. De plus, par comparaison aux autres articles de la Convention, là où les rédacteurs ont voulu réduire la portée territoriale d'une disposition, ils l'ont fait de manière explicite avec la mention «*sur leur territoire*» (voir article 4, 17, 18, 19 alinéa 1, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 30 alinéa 1, 32 alinéa 1). Selon de nombreux auteurs²⁹ cette absence de restriction géographique appelle à interpréter l'article 33 alinéa 1 comme applicable aussi à l'extérieur du territoire national et, entre autres, de ce fait, sur le territoire d'un autre État. Il faut donc en conclure que les rédacteurs de la Convention n'ont pas voulu restreindre l'application *rationae loci* du principe de non refoulement. Cette argumentation a été celle soutenue par le juge Blackmun dans son opinion dissidente lors de l'arrêt *Sale*³⁰.

Suivant désormais une analyse de la signification ordinaire des termes spécifiques de l'article 33 alinéa 1, les mots 'renvoyer' et 'refouler' visent tous les réfugiés qu'ils soient déjà parvenus à l'intérieur du territoire d'un État ou qu'ils en soient encore à l'extérieur. Par référence à l'opinion dissidente du juge Blackmun, le HCR rapporte la signification ordinaire du mot 'renvoyer' aux verbes «*retourner*» ou «*ramener, envoyer ou remettre à un endroit antérieur ou adéquat*»

²⁸ *Id.* ; H. BLACKMUN, préc., note 6 p 2 : «*It limits only where a refugee may be sent «to», not where he may be sent from.*»

²⁹ J. HATHAWAY, préc., note 18, p 335-340 ; G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 244 ; S. KNEEBONE, préc., note 14, p 13.

³⁰ H. BLACKMUN, préc., note 6.

et du mot 'refouler' à des termes tels que «*repousser*», «*chasser*» «*retourner*»³¹. Or, de l'avis du HCR, il n'est pas concevable de réserver ces mots uniquement aux personnes qui seraient déjà entrées sur le territoire d'un État. Ainsi :

*«... le sens ordinaire des termes «renvoyer» et «refouler» n'est pas compatible avec une interprétation qui restreindrait leur étendue à la conduite à tenir au sein du territoire de l'État concerné, pas plus qu'il n'y a d'indication que ces termes étaient compris par les rédacteurs de la Convention de 1951 comme devant être restreints de cette manière.»*³²

Pour le juge Blackmun, les termes spécifiques *refouler* et *expulser* contenus dans l'article 33 alinéa 1 prescrivent une interdiction de renvoi, sans aucune autre précision. Dès lors, il y lieu de penser que le principe de non refoulement s'applique dans tous les lieux et toutes les circonstances, ce qui inclut sur le territoire d'un autre État.

Ensuite, dans les études sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement, de nombreux commentateurs s'appuient sur la signification ordinaire d'autres termes spécifiques de l'article 33 alinéa 1, à savoir : «*de quelque manière que ce soit*». Pour des auteurs comme Hathaway, Goodwin-Gill et Noll³³, la signification ordinaire de ces termes suggère que l'interdiction de refoulement s'applique sans tenir compte du fait qu'un État agit à l'intérieur de son territoire, à sa frontière ou même encore en dehors de son territoire national. Ces termes évoquent, en effet, que les situations applicables imaginées à l'article 33 ne sauraient être exhaustives. Elles sont simplement indicatives.

³¹ *Id.*

³² HCR, préc., note 24, p 13.

³³ J. HATHAWAY, préc., note 18, p 336 ; G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 244 ; G. NOLL, préc., note 24 ; E. LAUTERPRACHT et D. BETHLEHEM, «The Scope and Content of the Non-Refoulement : Opinion», dans Erika FELLER, Türk FOLKER, et Frances NICHOLSON, *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Édition Larcier, 2008, p 120, par. 68.

Ainsi, l'interdiction de refoulement devrait pouvoir s'appliquer à n'importe quel acte étatique incluant ceux survenant en dehors du territoire national. En conclusion, le juge Blackmun observait que l'article 33 alinéa 1 est non seulement clair «*in what it says, but also in what it does not say: it does not include any geographical limitation*»³⁴.

Ces arguments textuels relatifs à la signification ordinaire des termes de l'article 33 à la lumière de leur contexte constituent le fil directeur de l'argumentation en faveur d'une application de l'interdiction de refoulement sur le territoire d'un autre État. Cependant, des arguments d'ordre téléologiques servent à corroborer cette conclusion.

b) À la lumière de l'objet et du but de l'article 33

Dans son avis sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement, le HCR qualifie l'objet et le but de la *Convention relative au statut des réfugiés* de fondamentalement humanitaire³⁵. Cet objet et ce but attribués à la Convention de 1951 sont notamment issus, selon le HCR, du Préambule de cette dernière, lequel dispose :

«Considérant que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'Homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

Considérant que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle

³⁴ H. BLACKMUN, préc., note 6, p 74.

³⁵ H.C.R., Avis consultatif sur l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, Genève, 2007, en ligne : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a8124482> (consulté le 7 décembre 2010).

s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales»

Cette qualification de l'objet et du but de la *Convention relative au statut des réfugiés* est partagée par l'ensemble de la littérature en la matière³⁶. Par exemple, selon le juge Blackmun, le contexte historique a considérablement influencé le but et l'objet humanitaire de la Convention :

*«The Convention...was enacted largely in response to the experience of Jewish refugees in Europe during the period of World War II. The tragic consequences of the world's indifference at that time are well known. The resulting ban on refoulement, as broad as the humanitarian purpose that inspired it, is easily applicable here.»*³⁷

En ce sens, de nombreux commentateurs avancent qu'une application uniquement territoriale de l'article 33 conduirait à des résultats arbitraires et non raisonnables qui iraient à l'encontre de l'objet et du but humanitaire de la Convention³⁸. En effet, dans la mesure où la Convention vise à garantir aux réfugiés l'exercice de leurs droits et libertés fondamentales, il n'est pas compatible à ce but de penser ne pas appliquer la protection contre le refoulement aux réfugiés qui se trouveraient en dehors du territoire d'un État. Lorsque le but est humanitaire, l'application recherchée est sans aucun doute la plus large possible. Il serait, dès lors, contraire aux but et objet de la *Convention relative au statut des*

³⁶ Susan KNEEBONE, préc., note 14, p 6 ; T. GAMMELTOFT-HANSEN, préc., note 15, p 94 ; E. LAUTERPRACHT et D. BETHLEHEM, préc., note 33, p 20 ; Guy GOODWIN-GILL, «The Principle of Non-Refoulement : Its Standing and Scope in International Law», Étude pour la division de la protection internationale du HCR, 1993, p 52, en ligne : http://repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo:1085. (consulté le 7 décembre 2010)

³⁷ *Id.*, p 84.

³⁸ M. GARLICK, préc., note 10 ; K. DE VRIES, préc., note 10 ; G. NOLL, préc., note 4 ; Vladislava STOYANOVA, «The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum Seekers to Enter State Territory», (2008) 3 *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* 5 ; T. GAMMELTOFT-HANSEN, préc., note 15, p 94 ; E. LAUTERPRACHT et D. BETHLEHEM, préc., note 33, p 17 ; Guy GOODWIN-GILL, «The Principle of Non-Refoulement : Its Standing and Scope in International Law», (1993), 1 *International Journal of Refugee Law* 12, p 104.

réfugiés que l'article 33 alinéa 1 s'applique aux réfugiés présents sur le territoire d'un État mais pas à ceux qui se trouvent en dehors de celui-ci. Il faut donc en conclure que l'article 33 alinéa 1 peut s'appliquer à des situations où un État exerce une quelconque autorité sur le territoire d'un autre État.

Selon l'article 31 alinéa 3 *b)* de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les pratiques ultérieurement suivies dans l'application d'un traité constituent une voie complémentaire d'interprétation d'un traité. En l'occurrence, dans le contexte de l'article 33 une large partie de la littérature a trouvé dans cette voie d'interprétation un argument en faveur d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement.

1.1.2 La pratique ultérieure des États

Cette seconde voie d'interprétation est relativement courante dans la littérature qui se prononce en faveur d'une application extraterritoriale de l'interdiction de refoulement³⁹. En effet, si la pratique au moment de la rédaction de la Convention ne révélait pas la nécessité de savoir si le principe de non refoulement s'appliquait au-delà des frontières des États, les actes ultérieurs des États ont amené à se questionner sur leur impact quant à l'application extraterritoriale du principe de non refoulement. Une partie de cette argumentation, articulée par Goodwin-Gill, s'appuie sur un cas bien précis : celui des États-Unis dans les années 1990⁴⁰. Partant de cette situation, Goodwin-Gill démontre que, dans les faits, les États-Unis appliquaient le principe de non

³⁹ HCR, préc., note 24, p 15 ; G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 247.

⁴⁰ G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 248.

refoulement dans leurs activités extraterritoriales⁴¹.

Les faits, rappelons-le, découlent d'une déclaration présidentielle et d'un ordre exécutif émis en 1981⁴². Selon cet ordre exécutif, les gardes-côtes des États-Unis avaient pour mission d'intercepter des *boat people* haïtiens avant leur arrivée aux États-Unis et de les renvoyer dans leur pays d'origine. Toutefois, le gouvernement américain garantissait au gouvernement Haïtien qu'aucun individu éligible pour le statut de réfugié ne serait renvoyé. En ce sens, il était mentionné dans l'ordre exécutif qu'aucune personne considérée comme réfugié ne serait renvoyée sans son consentement.

Ainsi, selon Goodwin-Gill,

«[...] during the first ten years of the Haitian programme, senior United States officials publicly and repeatedly affirmed the principle of non refoulement, not only in the broad general sense, but also in the specific context of Haitian operations»⁴³.

De ce fait, même si les autorités américaines considéraient que la majorité des Haïtiens partaient pour des raisons économiques, il était entendu qu'aucun réfugié se trouvant parmi eux ne devait être renvoyé contrairement aux obligations internationales des États-Unis.

«These substantial undertakings by US government officials were applied in practice for at least ten years, until the President decided to return even Haitians who might have a «colorable claim» to be refugees.»⁴⁴

⁴¹ Guy GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, p 86. *«The combination of declarations in the sense of an international obligation with practice confirming that obligation is conclusive evidence of the applicability of the principle of non refoulement to the extraterritorial activities of United States agents»*

⁴² Presidential Proclamation No 4865, 46 Fed. Reg. 48, 107 (1981) ; Ronald REAGAN, Executive Order no.12324, 3 CFR 181, *Interdiction of Illegal Aliens*, The White House, 29 Septembre 1981.

⁴³ G. GOODWIN-GILL, préc., note 41, p 143.

⁴⁴ G. GOODWIN-GILL, préc., note 6, p 107.

Ainsi, jusqu'au deuxième ordre exécutif de 1992⁴⁵ qui a entraîné les faits de l'arrêt Sale, les États-Unis reconnaissaient l'application du principe de non refoulement dans leur action extraterritoriale en Haïti mais également publiquement au travers de déclarations officielles. Or, Goodwin-Gill, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les essais nucléaires de 1974⁴⁶, rappelle que les déclarations effectuées par la voie d'actes unilatéraux, concernant une situation juridique ou factuelle, peuvent avoir pour effet de créer une obligation légale. En effet, d'après la Cour quand un État effectue une déclaration et entend être lié par ses termes, cette intention peut s'interpréter comme un engagement juridique⁴⁷. À la suite de ces arrêts sur les essais nucléaires, trois critères ont ainsi été retenus par la doctrine afin de pouvoir qualifier un acte unilatéral étatique. Tout d'abord, celui de l'imputabilité de l'acte à un État, ensuite celui de l'intention de produire des effets juridiques et donc d'y être lié (à évaluer selon les circonstances dans lesquelles l'engagement est pris et selon la forme qu'il revêt⁴⁸), enfin celui d'une notoriété (publicité) suffisante de la volonté de l'État. Goodwin-Gill conclut donc que la combinaison des déclarations officielles, en tant que source d'obligations internationales, avec la pratique des États-Unis à cette époque prouvent l'applicabilité du principe de non refoulement aux activités extraterritoriales des États-Unis. En ce sens, la pratique ultérieure des États-Unis, certes pour le moment encore unique, contribue selon Goodwin-Gill à admettre

⁴⁵ Georges BUSH, Executive Order No. 12807, 57 Fed. Reg. 23133, The White House, 24 mai 1992.

⁴⁶ *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p 253 (20 décembre 1974), en ligne <<http://www.icj-cij.org/docket/files/58/6092.pdf>> (consulté le 15 janvier 2010) ; *Affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p 457 (20 décembre 1974), en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/59/6158.pdf>> (consulté le 15 janvier 2010)

⁴⁷ *Id.*, *Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France)*, p 267, par. 43 ; *Affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, p 472, par. 46.

⁴⁸ Claude EMMANUELI, *Droit international public*, 2^{ème} éd., La Collection Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur 2004, p 153.

l'applicabilité extraterritoriale du principe de non refoulement.

Au terme de l'article 31 alinéa 3 c) de la Convention de Vienne, un traité international doit aussi être interprété en tenant compte «*de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties*».

1.1.3 Les règles pertinentes du droit international applicables entre les parties

Une très large partie de la littérature qui se prononce en faveur d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement construit une argumentation basée sur un raisonnement par analogie. En effet, nombreux sont ceux qui considèrent que le droit international des réfugiés et le droit international des droits de l'homme sont des régimes juridiques complémentaires⁴⁹. Cette complémentarité est justifiée par l'intégration du principe de non refoulement dans des instruments de protection des droits de l'homme. Il est ainsi, à la fois, un principe du droit des réfugiés et un principe des droits de l'homme. Or, conformément à cette complémentarité, si le principe de non refoulement est interprété comme d'application extraterritoriale en droit international des droits de l'homme, il devrait l'être aussi en droit international des réfugiés. Un réfugié bénéficie, en effet, des deux régimes juridiques. En conséquence, il ne serait pas cohérent que l'interprétation d'un même principe soit différente suivant le régime juridique. En ce sens, de nombreux auteurs font une lecture de l'étendue géographique du principe de non refoulement à partir de celle qui est faite en droit

⁴⁹ HCR, préc., note 24, p 15-16 ; G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 213 ; J. HATHAWAY, préc., note 18, p 64.

international des droits de l'homme⁵⁰.

En droit international des droits de l'homme, la lecture extraterritoriale du principe de non refoulement repose sur le concept de "juridiction"⁵¹. En effet, de nombreuses conventions sur les droits de l'homme consacrent un article qui étend l'application de ses dispositions à tous les endroits où un État est susceptible d'exercer sa "juridiction"⁵². La reconnaissance de ce concept de "juridiction" est dès lors le pilier sur lequel repose l'interprétation extraterritoriale d'une disposition conventionnelle.

Le droit international des droits de l'homme bénéficie d'une importante jurisprudence ainsi que d'importants avis en la matière, à la fois internationaux et régionaux. Les communications du Comité des droits de l'homme, *Lopez Burgos c. Uruguay*, *Celiberti de Casariego c. Uruguay* et *Pereira Montero c. Uruguay*⁵³, sont fondatrices de l'interprétation du concept de "juridiction" au sein du droit international des droits de l'homme. Selon cet avis juridique que propose le Comité des droits de l'homme au travers de ces trois communications, l'article 2

⁵⁰ HCR, préc., note 24, p 16 ; E. LAUTERPRACHT et D. BETHLEHEM, préc., note 33; J. HATHAWAY, préc., note 18, p 388. Voir aussi M. FOSTER, préc., note 11, p 255.

⁵¹ Il nous semble que le terme juridiction est plus approprié que celui de compétence dans le contexte du droit international. En effet, le terme de juridiction va au-delà de la simple compétence, il comprend au sens large une véritable «autorité en tel domaine» (cf Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2004, p 505). De plus, il s'agit d'un terme prédominant dans la jurisprudence et les conventions internationales.

⁵² *Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur le 26 juin 1987) ; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n°5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [Convention européenne des droits de l'homme] ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 172 (entrée en vigueur le 23 mars 1976).

⁵³ *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Comité des Droits de l'Homme, 29 juillet 1981, Communication 56/1979, en ligne : <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4028af854.html>> (consulté le 20 octobre 2009) ; *Lopez Burgos c. Uruguay*, Comité des Droits de l'Homme, 29 juillet 1981, Communication 52/1979 ; *Pereira Montero c. Uruguay*, Comité des Droits de l'Homme, 31 mars 1983, Communication 106/1981.

du Pacte international relatif aux droits civils et politiques rend applicable toutes les dispositions de la Convention, que l'État agisse sur son propre territoire ou sur celui d'un autre relevant de sa "juridiction". Ainsi, le Comité pose le principe selon lequel le critère décisif pour engager la responsabilité d'un État n'est pas de savoir si une personne se trouve sur le territoire d'un État, mais plutôt de savoir si elle est soumise à l'autorité effective et au contrôle de l'État, peu importe où elle se trouve⁵⁴. Or, même si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne reconnaît pas explicitement le principe de non refoulement, le Comité des droits de l'homme, en relation avec l'article 7 du Pacte, a souligné le fait que les États parties «*must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement*»⁵⁵. Dès lors, combiné avec la jurisprudence sur le concept de "juridiction", le principe de non refoulement acquiert, à la lecture du Pacte, une étendue extraterritoriale.

En Europe, d'autres développements jurisprudentiels sont venus approfondir cette approche. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a, en effet, inclus l'interdiction de refoulement à l'article 3 de la Convention⁵⁶, d'une part, et, d'autre part, réitéré que l'exercice de juridiction des États pouvait s'étendre au-delà de leur frontière, sur le territoire d'un autre État. La Cour recense deux principaux critères pour identifier cet exercice de juridiction

⁵⁴ *Id. Lopez Burgos c. Uruguay*, par. 12.2.

⁵⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 20 : article 7 (Interdiction de la torture, ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) , Doc N.U.HRI/GEN/1REv.8 (10 mars 1990), en ligne : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3efcf298e4bebd36c12571b5004ff545/\\$FILE/G0641865.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3efcf298e4bebd36c12571b5004ff545/$FILE/G0641865.pdf). (consulté le 12 décembre 2009).

⁵⁶ *Soering c. Royaume Uni*, no14038/88, CEDH, 1989-A161.

: celui du contrôle effectif sur le territoire⁵⁷ et celui du contrôle effectif sur une personne⁵⁸. En ce sens, l'existence d'une protection contre le refoulement, combinée à la jurisprudence de la Cour sur le principe de juridiction, permet de déduire une application extraterritoriale de la norme de non refoulement.

Dans la même logique, le Comité contre la torture a pu affirmer que l'obligation de non refoulement contenue dans l'article 3 de la Convention contre la torture s'applique à tout territoire sous la compétence d'un État partie⁵⁹. Ainsi, au vu de ces règles de droit international, le HCR est d'avis que :

«...le raisonnement adopté par les Cours et les organes des traités en matière de droits de l'Homme dans leur interprétation faisant autorité des dispositions pertinentes en matière de droits de l'Homme est tout aussi pertinente concernant l'interdiction du refoulement relevant du droit international des réfugiés, étant donné la nature similaire des obligations, ainsi que l'objet et le but des traités formant leur fondement juridique.»⁶⁰

Par référence au raisonnement utilisé en droit international des droits de l'homme à l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, il est donc possible d'interpréter le principe de non refoulement comme applicable à l'extérieur de l'État national et donc sur le territoire d'un autre État.

Enfin, une ultime voie d'interprétation reste à analyser : celle des accords

⁵⁷ Loizidou c. Turquie, no15318/89, CEDH, 1996-VI. D'après l'arrêt Loizidou l'obligation de respecter les dispositions de la Convention en dehors de son territoire peut découler du contrôle, exercé directement, par l'intermédiaire des forces armées des États concernés ou par le biais d'une administration locale subordonnée.

⁵⁸ Issa et autres. c. Turquie, n° 31821/96, CEDH, 2004, par., 71 : «*Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully - in the latter State.*» Il faut noter que nous ne sommes pas en mesure de fournir une version française de cette citation dans la mesure où cet arrêt de la CEDH est uniquement disponible en anglais.

⁵⁹ Comité contre la torture, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture concernant les États-Unis*, Doc. N.U. CAT/C/USA/CO/2, 36^e sess., (25 juillet 2006), par. 14., en ligne : <<http://science21.blogs.courrierinternational.com/files/ONUTortUSA2006G0643226.pdf>> (consulté le 30 janvier 2010).

⁶⁰ HCR, *préc.*, note 24, p 18.

intervenues entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de ses dispositions.

1.1.4 Les accords ultérieurs intervenus entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions

À la lumière du droit mou (soft law), un argument en faveur d'une interprétation extraterritoriale du principe de non refoulement a été construit. En effet, un certain nombre de déclarations et résolutions de différents organes internationaux est apparu en lien avec la problématique de l'interprétation extraterritoriale du principe de non refoulement. Bien que la plupart de ces déclarations et résolutions se concentre sur l'application du principe à la frontière d'un État ou plus récemment aux situations d'interceptions en haute mer, l'application du principe de non refoulement au-delà des frontières d'un État peut en être déduite.

Ainsi, selon cet argumentaire, il faudrait tout d'abord se référer aux conclusions du Comité exécutif du HCR. Sont notamment citées la conclusion 6 (XXVIII) qui réaffirme *«l'importance de l'observation du principe de non refoulement tant à la frontière qu'à partir du territoire d'un État (...)»*⁶¹, ainsi que la conclusion 15 (XXX) qui juge que

*«[...] toute mesure par laquelle un réfugié est obligé de regagner un pays ou par laquelle il est renvoyé dans un pays où il a des raisons de craindre la persécution constitue une violation grave du principe reconnu du non-refoulement»*⁶².

Une note du HCR sur le principe de non refoulement se fait, cependant, plus explicite que les conclusions du comité exécutif puisqu'il est observé :

⁶¹ H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion sur le principe de non refoulement*, N° 6 (XXVIII), Genève, 12.10.1977, en ligne <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c5a30>>. (consulté le 15 septembre 2009)

⁶² H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion sur les réfugiés sans pays d'asile*, N° 15 (XXX), Genève, 16.10.1979, en ligne <<http://www.unhcr.fr/4b30a25fe.html>> (consulté le 15 septembre 2009).

«[...] l'importance fondamentale de l'observation du principe du non-refoulement — tant à la frontière qu'à partir du territoire d'un État — dans le cas de personnes qui risquent d'être en butte à des persécutions si elles sont renvoyées dans leur pays d'origine, qu'elles aient ou non été officiellement reconnues comme réfugiés.»⁶³

Malgré tout cela, une forte opposition à l'application extraterritoriale des obligations internationales des États fait contrepoids. Cette position est relativement ancienne puisque dans les années 1950 des auteurs comme Robinson ou Grahl Madsen analysaient déjà les dispositions de la *Convention relative au statut de réfugiés* et notamment l'article 33 alinéa 1 comme étant seulement applicables aux réfugiés déjà présents sur le territoire d'un État. Il reste donc à exposer la descendance de cette interprétation restrictive de l'étendue géographique de l'article 33 alinéa 1.

1.2. **Argumentaire juridique relatif à une application territoriale du principe de non refoulement**

L'argumentaire juridique relatif à une application territoriale de l'interdiction de refoulement repose principalement sur des jurisprudences nationales. Elles reflètent, ainsi, l'interprétation par les États de l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Selon S. Kneebone, «[t]he debate over the extraterritorial application of the non refoulement principle is one example of state interpretation (...).»⁶⁴

Deux cours ont statué à l'encontre d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement : la Cour Suprême des États-Unis dans l'arrêt *Sale v Haitian Centers Council*⁶⁵, d'une part, et la Chambre des Lords du Royaume-Uni

⁶³ H.C.R., préc., note 61.

⁶⁴ S. KNEEBONE, préc., note 14, p 301.

⁶⁵ *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service v. Haitian Center Council*, préc., note 24.

dans l'arrêt *R v Immigration Officer at Prague*⁶⁶, d'autre part.

Dans l'arrêt *Sale v Haitian Centers Council* du 21 juin 1993, la Cour Suprême des États-Unis s'est prononcée en faveur d'une application uniquement territoriale du principe de non refoulement. Elle avait, en effet, déclaré que l'interdiction de non refoulement ne devait s'appliquer qu'aux réfugiés déjà présents sur le territoire d'un État. Elle venait par là confirmer l'arrêt de première instance d'une Cour de district qui avait conclu que le principe de non refoulement ne s'appliquait pas aux étrangers qui se trouvaient en dehors du territoire des États-Unis. Mais à l'opposé, elle venait infirmer l'arrêt en appel qui avait statué en faveur d'une application du principe de non refoulement pour tous les réfugiés sans considération du lieu où ils se trouvent.

Les faits de l'espèce s'insèrent dans le cadre de la situation politique qui a marqué Haïti au début des années 1990. Plus précisément, ils découlent du coup d'État à l'encontre du président Jean Bertrand Aristide qui s'était déroulé moins d'un an après son élection, en septembre 1990. La fuite des Haïtiens à bord d'embarcations en direction des États-Unis existait déjà depuis 1981. En effet, le régime dictatorial en place avait entraîné les Haïtiens à fuir leur pays. Toutefois, avec la survenance de ce coup d'État, le nombre de Haïtiens en fuite vers les États-Unis a augmenté considérablement. La répression menée par le nouveau pouvoir en place et le climat de crainte et d'insécurité a, en effet, contraint un nombre important de personnes (pas loin de 41 000) à fuir l'île. Devant cette situation, le président américain, Georges Bush, père, avait donc ouvert un centre de traitement des demandes d'asile sur la base militaire de Guantanamo.

Cependant, puisque le nombre de personnes présentes sur la base ne

⁶⁶ European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, (2004) United Kingdom House of Lords, 55, 2 A.C. 1., 9 décembre 2004.

cessait d'augmenter, le président Bush a établi un ordre exécutif en 1992⁶⁷ à l'attention des gardes-côtes des États-Unis. Ce dernier ordonnait l'interception de toutes les embarcations se trouvant en haute mer (c'est-à-dire au-delà de la zone économique exclusive des États-Unis) et transportant des personnes d'Haïti vers les États-Unis, puis de les renvoyer vers Haïti sans qu'aucun examen de leur admissibilité au statut de réfugié ne soit effectué.

À la suite de cet ordre exécutif, un certain nombre d'organisations représentant les intérêts des personnes interceptées en mer ont dénoncé l'illégalité de cet ordre exécutif. Selon eux, ce dernier était en violation de deux textes juridiques : d'une part l'article 243 (h) (1) du *Immigration and Nationality Act* (INA) de 1952⁶⁸ et d'autre part de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Lors de l'audition devant la Cour Suprême, la question juridique était donc de savoir si l'ordre exécutif du président Bush était compatible avec ces deux textes de loi. Puisque la présente analyse repose sur la *Convention relative au statut des réfugiés*, il ne sera rapporté que les arguments reliés à l'article 33.

Dans *R v Immigration Officer at Prague Airport*, la Chambre des Lords a conclu, d'une part, que le principe de non refoulement ne pouvait être appliqué dans les circonstances de l'espèce et, d'autre part, que, plus généralement, celui-ci se limitait aux actes posés à la frontière d'un État ou à l'intérieur de celui-ci. En l'espèce, les faits découlaient de l'existence d'un accord conclu entre le Royaume-Uni et la République Tchèque, en Février 2001. Selon cet accord, le Royaume-Uni était autorisé à envoyer des officiers d'immigration à l'aéroport de Prague afin que ces derniers puissent effectuer une première sélection des personnes autorisées à se rendre au Royaume-Uni. De ce fait, ces officiers

⁶⁷ G. BUSH, préc., note 45.

⁶⁸ *Immigration and Nationality Act (INA)*, 8 U.S.C., 1952.

avaient le droit d'accepter ou de refuser le départ des passagers présents à l'aéroport de Prague en direction du Royaume-Uni, avant qu'ils n'embarquent dans l'avion.

Aidés par l'organisation non gouvernementale tchèque «The Centre», six individus, dont le départ vers le Royaume-Uni avait été refusé, ont déposé une plainte. Les motifs de cette plainte reposaient sur le principe selon lequel la procédure suivie par le Royaume-Uni en République Tchèque était incompatible avec les obligations internationales du Royaume-Uni découlant de la Convention sur le statut des réfugiés et de son protocole additionnel ainsi que de la coutume internationale. L'organisation a également estimé qu'elle entraînait une discrimination en raison de la 'race'. Toutefois, uniquement la première de ces deux allégations concerne les arguments de la Cour en faveur d'une interprétation territoriale du principe de non refoulement.

Dans l'étude de l'interprétation restrictive du principe de non refoulement, il nous paraît pertinent d'utiliser comme grille méthodologique celles des voies d'interprétation posées par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, de même qu'il a été fait pour l'argumentation en faveur d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement. Nous établirons donc une classification des différents arguments utilisés dans les deux jurisprudences selon ces voies d'interprétation.

L'argumentaire juridique relatif à une application territoriale du principe de non refoulement se répartit ainsi autour d'une interprétation en fonction du sens particulier à attribuer aux termes de l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés* (1.2.1), puis autour du contexte qui entoure les termes de l'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* (1.2.2) et, enfin, autour

des règles pertinentes du droit international (1.2.3).

1.2.1 Le sens particulier des termes 'expulser' et 'refouler' de l'article 33 alinéa 1

En principe, l'interprétation des termes d'un traité est guidée par le sens ordinaire qu'ils possèdent. Toutefois, selon l'article 31 alinéa 4 de la Convention de Vienne, il peut être dérogé à ce principe par l'attribution d'un sens particulier à ces termes⁶⁹. Dans l'argumentation pour une application uniquement territoriale du principe de non refoulement les jurisprudences étudiées ont recours à cette exception d'interprétation. Autant la Cour Suprême des États-Unis que la Chambre des Lords ont, en effet, choisi d'utiliser cette méthode d'interprétation à propos des termes 'expulser' et 'refouler' contenus à l'article 33 alinéa 1⁷⁰. Cependant, l'article 31 alinéa 4 de la Convention de Vienne permet de recourir à cette méthode d'interprétation s'il est prouvé que les parties se sont entendues sur cette méthode. La première question qui se pose est donc de savoir comment les cours justifient l'utilisation de l'article 31 alinéa 4 de la Convention de Vienne. En d'autres termes, il a y lieu de s'interroger sur les arguments utilisés pour démontrer qu'il existe bien une intention des parties d'interpréter les termes de l'article 33 alinéa 1 selon un sens particulier et non ordinaire.

Les deux cours justifient l'existence d'une intention des partis à interpréter les termes de l'article 33 alinéa 1 selon une signification particulière principalement par référence aux travaux préparatoires de la Convention. Les Cours se reportent, en effet, à un passage dans lequel aurait été reconnue une

⁶⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 22, article 31 alinéa 4 : «*Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.*»

⁷⁰ *Sale Acting Cmmr, Immigration and Naturalization Service v. Haitian Center Council*, préc., note 24 : «*(...) return has a legal meaning narrower than its common meaning*», p 156.

interprétation spécifique du mot «refouler»⁷¹. Cette interprétation spécifique avait été proposée par la délégation suisse. Elle suggérait que les termes 'refouler' et 'expulser' soient entendus comme uniquement applicables aux réfugiés déjà présents sur le territoire. Les deux Cours justifient l'intention des parties de donner cette signification en raison de la mention suivante que l'on peut lire dans les travaux préparatoires : «*the general consensus of opinion was in favour of the Swiss interpretation*»⁷². Ensuite, dans l'arrêt *Sale*, la Cour justifie l'existence d'une intention des parties d'interpréter les termes de l'article 33 alinéa 1 selon un sens particulier par la mise entre parenthèses du mot refouler derrière le terme anglais 'return' dans la version anglaise de la Convention. En effet, selon la Cour cela révèle la volonté d'associer le terme refouler au sens particulier du mot retourner.

Une fois exposés les arguments des Cours justifiant l'intention des parties d'accorder un sens particulier aux termes *expulser* et *refouler* de l'article 33 alinéa 1, la question est désormais de savoir quel sens particulier donnent les deux Cours à ces derniers.

En ce qui concerne le verbe *expulser*, les Cours lui attribuent la même signification que le verbe «deport» en anglais.

«*There is no dispute that "expel" has the same meaning as "deport"; it refers to the deportation or expulsion of an alien who is already present in the host country.*»⁷³

Or, par définition, ce verbe suppose d'avoir déjà accédé au territoire d'un État avant de pouvoir en être expulsé. Les deux Cours en concluent donc que le terme

⁷¹ Paul WEIS, *The Refugee Convention 1951*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p 329.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

expulser se réfère à un réfugié déjà admis au sein du territoire d'un État.

Ensuite, le verbe *refouler* a, selon les Cours, comme sens particulier celui du mot 'retourner'. Or, par définition, le verbe 'retourner' suppose également qu'il y ait eu au préalable une entrée sur le territoire d'un État. Dès lors, le mot *refouler* ne concerne que les réfugiés qui ont déjà atteints un État⁷⁴. Les Cours en déduisent ainsi que le sens particulier à attribuer au mot *refouler* doit être associé à la situation suivante : « *a defensive act of resistance or exclusion at a border rather than an act of transporting someone to a particular destination.* »⁷⁵

Une telle interprétation des termes *expulser* et *retourner* conduit à exclure son application à toute situation concernant l'admission des réfugiés, pour la réserver seulement au traitement des réfugiés qui sont déjà au sein de l'État d'accueil. Les Cours en concluent que le principe de non refoulement ne possède pas d'application extraterritoriale et qu'il ne peut, dès lors, bénéficier qu'aux réfugiés qui se trouvent déjà sur le territoire d'un État. Cette interprétation des termes *expulser* et *refouler* était soutenue, bien avant ces deux arrêts, par des commentateurs comme N. Robinson⁷⁶ et Grahl Madsen⁷⁷.

Pour corroborer cette argumentation lexicale, les Cours utilisent également une argumentation relative au contexte des termes de l'article 33 alinéa 1, en combinant l'application de l'article 33 alinéa 1 à l'article 33 alinéa 2.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Nehemiah ROBINSON, *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation, A Commentary*, New York, Institute for Jewish affairs, (1953).

⁷⁷ Atle Grahl MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 2, Leiden, Sijthoff, (1972), p 94. «A refugee is protected by Article 33 as soon he has «set a foot» on the territory of a contracting State.» ; *Id.*, «Article 33 may only be invoked in respect of persons who are already present - lawfully or unlawfully – in the territory of a Contracting State. It only prohibits the expulsion or return (refoulement) of refugees to territories where they are likely to suffer persecution ; it does not obligate the Contracting States to admit any person who has not already set foot on their respective territories.» p 223.

1.2.2 Le contexte des termes de l'article 33 alinéa 1

Un argument central de l'arrêt *Sale*, et servant à contredire toute application extraterritoriale du principe de non refoulement, repose sur une lecture de l'article 33 alinéa 1 à la lumière du contexte de l'article 33 alinéa 2 qui dispose :

«Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié que s'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté du dit pays.»

Selon cette lecture contextuelle, les juges soutiennent qu'une application extraterritoriale du principe de non refoulement créerait une anomalie dans la mise en œuvre de l'article 33. Cette anomalie serait la suivante. Si l'article 33 alinéa 1 s'applique de façon extraterritoriale, il pourrait bénéficier à des personnes dangereuses pour la sécurité de l'État dans la mesure où l'article 33 alinéa 2 possède une limitation territoriale explicite. Ainsi, une personne qui ne devrait pas se voir appliquer le principe de non refoulement sur le territoire d'un État en raison du danger qu'elle représente pour ce dernier, pourrait en bénéficier à l'extérieur de celui-ci. De ce fait, dans l'arrêt *Sale*, les juges argumentent qu'une application extraterritoriale du principe de non refoulement aurait pour conséquence de créer une incohérence dans la mise en œuvre de l'article 33 et de rendre ce dernier obsolète.

«If Article 33.1 applied extraterritorially, therefore, Article 33.2 would create an absurd anomaly : dangerous aliens on the high seas would be entitled to the benefits of 33.1 while those residing in the country that sought to expel them would not.»⁷⁸

⁷⁸ *Sale Acting Cmmr, Immigration and Naturalization Service v. Haitian Center Council*, préc., note 24, p 179.

Dans le même sens que l'argument sur la signification particulière des mots *expulser* et *refouler*, la Cour estime que l'article 33.2 «...*applies only to aliens in the country because article 33.1 obligates a State only with respect to aliens in its territory*»⁷⁹. Le principe de non refoulement ne peut dès lors pas être interprété comme ayant une application extraterritoriale.

La dernière voie d'interprétation utilisée par les Cours est celle des règles pertinentes du droit international.

1.2.3. Les règles pertinentes du droit international

En la matière, la règle pertinente du droit international retenue par les auteurs est celle de l'article 3 alinéa 1 de la *Déclaration de 1967 sur l'asile territorial*⁸⁰. D'après la Cour Suprême des États-Unis, la façon d'y employer les termes *refouler* et *expulser* révèle, en effet, que le principe de non refoulement ne s'applique qu'aux personnes déjà présentes sur le territoire d'un État. L'article 3 alinéa 1 de la *Déclaration sur l'asile territorial* dispose que :

«Aucune personne visée au paragraphe 1 de l'article premier ne sera soumise à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, ou si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement vers tout État où elle risque d'être victime de persécution».

Le membre de phrase «*si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile*» démontre que l'interdiction d'expulsion ou de refoulement est subordonnée à l'entrée sur le territoire d'un État. En ce sens, le principe de non refoulement ne peut pas s'appliquer à des individus qui se trouveraient hors du territoire de l'État d'accueil.

Par ailleurs, la Cour Suprême des États-Unis fait également remarquer que

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Déclaration sur l'asile territorial*, Rés. 2312 (XXII), Doc. off. A.G. N.U., 22^e sess., suppl. n° 16 à 81, Doc. N.U. A/6716 (1967).

lors d'une conférence en 1977, les États avaient tenté d'élargir le champ d'application de la *Déclaration sur l'asile territorial* et notamment de son article 3 sur le principe de non refoulement. Or, cette conférence avait abouti à un échec retentissant. Cet échec prouve ainsi l'absence d'une volonté commune de la part des États partis à la Convention d'étendre l'application des principes du droit international des réfugiés, dont notamment le principe de non refoulement⁸¹.

Il faut donc en conclure que les règles pertinentes du droit international, à savoir celles contenues dans la *Déclaration sur l'asile territorial*, ne permettent pas d'interpréter les termes de l'article 33 alinéa 1 comme ayant une application extraterritoriale. Le principe de non refoulement ne peut pas, dès lors, être appliqué à une situation dans laquelle un État entreprendrait une action envers des réfugiés sur le territoire d'un autre État. Pour les détracteurs d'une interprétation extraterritoriale du principe de non refoulement, il est ainsi clair que la Convention, dans son entier, possède une application uniquement territoriale :

*«The Refugee Convention is explicitly an instrument relating to the status of refugees. Emphasis is thus on the rights owed to refugees that are assumed to be within the country of asylum.»*⁸²

*«Because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions toward aliens outside its own territory , it does not prohibit such action.»*⁸³

Ce choix d'interprétation du principe de non refoulement repose sur le principe de souveraineté. En effet, les États ont le pouvoir de choisir qui peut entrer sur leur territoire et dès lors de n'appliquer leurs obligations internationales qu'à l'égard de ces derniers. Fidèles à cette idée de l'État souverain, ces deux

⁸¹ European Roma Rights Centre et al. v. Immigration Officer at Prague Airport et al., préc., note 66, par. 17, p 228.

⁸² *Id.*

⁸³ *Sale Acting Cmmr, Immigration and Naturalization Service v. Haitian Center Council*, préc., note 24, p 183.

tribunaux reconnaissent ainsi la prééminence du principe de territorialité, lequel implique que les normes internationales et nationales ne s'appliquent qu'aux individus présents sur le territoire d'un État.

Conclusion de la première partie

À la lumière de cet exposé du débat sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement rapporté selon les voies d'interprétation délivrées par le droit international des traités, nous sommes en mesure d'apporter les conclusions suivantes. D'un côté, la doctrine et les organisations non gouvernementales partagent le point de vue selon lequel l'article 33 alinéa 1 s'applique à toutes les pratiques qui satisfont à la définition du refoulement quel que soit le pays concerné. En conséquence, le principe de non refoulement devrait être applicable à la proposition faite au sein de l'Union européenne de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire européen. D'un autre côté, la jurisprudence des tribunaux nationaux ainsi que la pratique des États-Unis, démontrent qu'il prévaut une interprétation de l'article 33 alinéa 1 qui, dans la ligne droite de la tradition westphalienne, réduit la portée de cette disposition au territoire de l'État responsable.

Les termes du débat entre les partisans et les opposants d'une application extraterritoriale du principe de non refoulement ayant été posé, une question évidente demeure : celle de savoir laquelle des deux devrait faire autorité. Or, l'enjeu est crucial puisqu'en dépend le respect des obligations et la responsabilité consécutive des États, notamment dans le cadre de notre objet d'étude du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Le problème est dès lors de taille dans la mesure où aucune organisation ne possède l'autorité de déterminer l'interprétation correcte qu'il faut donner aux dispositions de la *Convention sur le statut des réfugiés*⁸⁴.

Si l'on ne peut prétendre résoudre ce débat, on peut alimenter ce dernier

⁸⁴ M. FOSTER, préc., note 11. Pour l'auteure, la Convention relative au statut des réfugiés a manqué de créer un organe qui aurait l'autorité pour faire respecter celle-ci. En l'état actuel du droit, pour l'auteure même le HCR ne peut faire autorité quant à l'interprétation de la Convention.

en appliquant les arguments étudiés au traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. En effet, il s'agit d'une situation factuelle qui ne fait pas encore partie des études sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement. Il faut noter que l'objectivité demeure la méthodologie primée afin d'obtenir une conclusion juridique et non une opinion juridique.

PARTIE II : LE TRAITEMENT EXTRATERRITORIAL DES DEMANDES DE STATUT DE RÉFUGIÉ À L'ÉPREUVE DU PRINCIPE DE NON REFOULEMENT EN VERTU DE L'ARTICLE 33 ALINÉA 1 DE LA CONVENTION RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS

Dans la construction du régime d'asile européen commun, les institutions européennes et notamment la Commission européenne se sont évertuées à constamment réitérer la nécessité de créer un système d'asile qui soit pleinement respectueux des obligations juridiques internationales des États membres. En ce sens, il était convenu, dans les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 et fondateur du Régime d'asile européen commun de :

«[...] travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et d'assurer ainsi que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté, c'est-à-dire de maintenir le principe de non-refoulement»⁸⁵.

Par la suite, durant la construction du Régime d'asile européen commun, cette référence au respect des obligations internationales est omniprésente dans les documents institutionnels⁸⁶. Ainsi, ce souci de respecter le cadre juridique international, dans les différentes étapes de la construction d'une politique d'asile

⁸⁵ CE, Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999, point 13, en ligne <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm>. (consulté le 15 octobre 2009).

⁸⁶ Voir notamment : CE, Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, 25 et 26 février 2010, p 2 point e) ; CE, Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, Bruxelles, 5 novembre 2004, p 14 ; CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen, Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile*, Luxembourg, 2000, COM 755 final, p 6 ; CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine*, Luxembourg, 2001, COM 672 final, p 8 ; CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen, Plan d'action en matière d'asile : une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union*, 2008, COM 360 final, p 10 ; CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine : Améliorer l'accès à des solutions durables*, 2004, COM 410 final, p 14 et 16 ; CE, Parlement, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Rapport sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, Strasbourg (2004) 2003/2155 (INI), p 6.

commune au sein de l'Union européenne, traverse toute la sphère institutionnelle. Toutefois, si les obligations auxquelles sont liées les États membres de l'Union européenne sont claires à l'intérieur de leurs frontières, la pratique a démontré (cf. l'interception de bateaux en haute mer par exemple, notamment au large de l'Italie⁸⁷) qu'en dehors de leurs frontières les États ne sont pas aussi enclins à respecter ces obligations. D'où la pertinence d'analyser l'adéquation de notre objet d'étude, soit le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié avec le principe de non refoulement. Cependant, il est nécessaire au préalable d'émettre quelques remarques préliminaires sur la situation de fait de cette étude, à savoir la proposition de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur de l'Union européenne. L'idée du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié n'est pas récente. Elle a, d'une part, traversé le paysage migratoire de l'Europe depuis les années 1980 et elle constitue, d'autre part, un point récurrent de documents politiques proposés par certains États membres de l'Union européenne.

Un important point de départ dans la compréhension de notre objet d'étude est la proposition du gouvernement danois de 1986. Ce dernier est, en effet, à l'origine d'une proposition de résolution à l'Assemblée Générale des Nations Unies le 12 novembre 1986, intitulée *Procédures internationales pour la protection des réfugiés*⁸⁸. Dans cette proposition, il est suggéré de créer des

⁸⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, «Pushed Back, Pushed Around, Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers», *Human Rights Watch.org*, 21 septembre 2009, en ligne : <<http://www.hrw.org/en/reports/2009/09/21/pushed-back-pushed-around-0>>. (consulté le 5 février 2010).

⁸⁸ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *International procedures for the protection of refugees: draft resolution / Denmark*, 12 Novembre 1986, U.N. Doc. A/C.3/41/L.51 dans G. NOLL., préc., note 4, p 311.

centres régionaux de traitement de demandes de réinstallation, administrés par les Nations Unies⁸⁹. Selon la proposition, les demandeurs d'asile ayant franchi illégalement la frontière d'un État tiers devraient être renvoyés vers ces centres régionaux⁹⁰. En pratique ce document ne reçoit aucun appui et ne fait donc pas l'objet d'une résolution. Toutefois, il pose un nouveau cadre de pensée au sein de la scène internationale sur l'idée d'une gestion externe de l'asile.

Quelques années plus tard, en 1994, lors d'une Consultation intergouvernementale sur les politiques en matière d'asile, de réfugiés et de migrations⁹¹, les Pays-Bas proposent d'intégrer à l'ordre du jour un projet de centres d'accueil et de traitement pour demandeurs d'asile situés dans les régions d'origine⁹² à proximité des pays de départ⁹³. À la demande du gouvernement allemand, il en résulte un document de travail sur la réception des demandeurs d'asile dans les pays d'origine⁹⁴. Ce dernier examine une variété de possibilités pour concrétiser l'idée de protection dans les régions d'origine dont le

⁸⁹ *Id.*, p 312.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Les consultations intergouvernementales sur les politiques en matière d'asile, de réfugiés et de migration constituent un forum de discussion informel organisé par le Centre international pour l'élaboration de politiques migratoires (ICMPD, Vienne).

⁹² Le terme «région d'origine» désigne l'ensemble régional qui regroupe plusieurs pays d'origine ou de départ d'un demandeur d'asile.

⁹³ Par opposition au pays d'accueil les termes pays de départ et pays d'origine désignent un pays d'où proviennent un grand nombre de personnes à la recherche d'une protection. Par exemple, la Turquie, le Mali et le Bénin sont des pays d'origine ou de départ.

⁹⁴ SECRETARIAT OF THE INTERGOVERNMENTAL CONSULTATIONS ON MIGRATION, ASYLUM AND REFUGEES, *Working Paper on Reception in the Region of Origin*, Genève, août 1995, en ligne <http://repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo:1454>. (consulté le 10 mars 2010). Dans ce document de travail, les termes définis ci-dessus sont compris de la manière suivante : «For the purposes of this paper, the term "region of origin" will refer to a group of two or more countries, with geographical proximity, certain historical, cultural, and possibly linguistic and religious affinities, and with some tradition or precedent of receiving refugees from one another. "Country of origin" will denote the country from which there are outflows of persons seeking protection or a better standard of living» (p 2).

traitement des demandes d'asile au sein de ces dernières ainsi que la création de zones internationales de protection. Ce document concluait notamment que ces propositions étaient «*in general desirable and could be feasible in the context of a comprehensive approach*»⁹⁵. L'existence d'un tel document prouve que l'idée progresse au sein du fora étatique et qu'elle s'inspire clairement de la tendance internationale. En effet, en 1994, les États-Unis avaient établi, sur leur base navale de Guantanamo-Bay, un service d'immigration et de naturalisation chargé d'effectuer un pré-examen des demandes d'asile des *boat people* Haïtiens interceptés en mer. Ceux dont les demandes étaient jugées recevables pouvaient être transférés aux États-Unis où ils étaient alors autorisés à présenter formellement une demande d'asile. Pour les autres, ceux dont la demande était jugée infondée, ils devaient être renvoyés vers Haïti.

Enfin, «*the debate on externalized processing was given a new impulse by the speech of former UK Home Secretary Jack Straw at the 2000 Lisbon Conference on Asylum*»⁹⁶. En effet, dans ce discours, Jack Straw plaide en faveur d'une gestion de l'asile davantage axée vers les régions d'origine. Dans cette optique, il déclare :

«*...it will also be necessary for the EU to fit any procedures for assessing asylum claims overseas into the wider picture. We would also want to see more applications lodged from overseas being tied at the same time to fewer claims being made within the EU.*»⁹⁷

⁹⁵ *Id.*, p 1.

⁹⁶ Gregor NOLL, Jessica FAGERLUND et Fabrice LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, 2002, Danish Institute of Human Rights, Commission européenne, p 30, en ligne <http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/asylum/docs/asylumstudy_dchr_2002_en.pdf>. (consulté le 10 octobre 2009).

⁹⁷ Jack STRAW, *An Effective Protection Regime for the 21 Century, Speech to the IPPR*, 6 février 2001, en ligne : <<http://www.statewatch.org/news/2001/feb/01straw.htm>>. (consultée le 10 novembre 2009).

L'exposé de ces faits préliminaires démontre que la démarche de conceptualisation relative à l'octroi du statut de réfugié à l'extérieur du territoire national n'est pas récente. Il prouve que la manière dont les États de l'Union européenne entendent mettre en œuvre leurs responsabilités internationales à l'égard des personnes fuyant une situation de persécution était établie. Cela démontre que les faits actuels s'inscrivent dans un cadre de pensée et d'action déjà existant.

Un autre constat sur les origines de cette proposition montre que l'impulsion est davantage d'origine étatique que communautaire. L'explication en est qu'à l'époque de ces déclarations la politique d'asile ne faisait pas encore partie de la politique communautaire.

Aujourd'hui, il faut comprendre que la proposition de traitement extraterritorial des demandes d'asile s'inscrit dans le cadre d'une approche globale des migrations qui suppose le renforcement de la coopération avec les pays d'origine et de transit. Dans les conclusions du sommet de Tampere, fondateur du régime d'asile européen commun, le paragraphe 11 énonce que :

«... l'Union et les États membres sont invités à contribuer, dans les limites de leurs compétences respectives en vertu des traités, à l'amélioration de la cohérence des politiques intérieures et extérieures de l'Union. Le partenariat avec les pays tiers concernés constituera aussi un élément déterminant du succès de cette politique.»⁹⁸

Avec le programme de la Haye⁹⁹, cette approche sera renforcée par l'incorporation d'une dimension externe au sein de la politique d'asile. Par ailleurs,

⁹⁸ Conclusion de la présidence, préc., note 85, point 11.

⁹⁹ *Programme de la Haye*, préc., note 2. Le programme pluriannuel de La Haye succède à celui de Tampere et liste 10 priorités de l'Union afin de renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans les cinq années à venir.

le HCR dans son Agenda pour la protection¹⁰⁰ ainsi que dans son initiative Convention Plus¹⁰¹ confirme la nécessité de recourir à un partenariat avec les pays tiers dans la mise en œuvre des politiques d'asile.

«Pour parvenir à une coopération efficace concernant les questions de réfugiés, il convient d'instaurer un dialogue plus approfondi et de parvenir à une prise en charge multilatérale de la problématique des réfugiés.»¹⁰²

Cette dimension externe prend donc également appui sur l'avis du HCR, ce qui permet de renforcer la légitimité de l'action de l'Union européenne en la matière.

Dans le cadre d'une action potentielle des États membres de l'Union européenne en matière de traitement des demandes de statut de réfugié à l'extérieur de leur territoire, il est donc nécessaire de déterminer dans quelle mesure le principe de non refoulement s'applique à cette situation (2.2). Toutefois, un retour sur le cadre empirique de l'objet d'étude s'avère, avant cela, incontournable (2.1).

2.1 L'historique institutionnel de la proposition relative au traitement des demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire européen

L'idée de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire européen occupe une place timide et peu exposée sur la scène publique ou dans la littérature. Pour certains observateurs, elle semble même irréalisable¹⁰³.

¹⁰⁰ COMITÉ EXÉCUTIF DU H.C.R., 53ème session, *Agenda pour la protection*, A/AC.96/965/Add.1, 26 juin 2002, en ligne, <<http://www.unhcr.fr/4b30a33ce.html>>. (consulté le 30 octobre 2009).

¹⁰¹ H.C.R., *Convention Plus*, 2005, en ligne : <<http://www.unhcr.org/403b30684.html>>. (consulté le 10 septembre 2009). La Convention Plus vise par l'utilisation d'accords spéciaux multilatéraux avec les États à améliorer la protection des réfugiés dans le monde entier ainsi qu'à résoudre les plus grands problèmes de réfugiés qui sont rencontrés à l'heure actuelle.

¹⁰² COMITÉ EXÉCUTIF DU H.C.R., préc., note 100, p 53.

¹⁰³ Il nous avait notamment surpris lors d'un entretien avec Monsieur Julian Schutte, directeur du service juridique au Conseil de l'Union européenne, à l'occasion du Colloque de Cuenca en droit international des réfugiés (30 septembre – 3 octobre 2009), d'entendre que cette proposition ne pouvait matériellement être réalisable.

Pourtant, à intervalles régulières, elle fait l'objet, au sein de l'Union européenne d'études, de communications ou de déclarations publiques. De plus, l'asile extraterritorial possède un cadre théorique déjà existant. En effet, dans une résolution de l'Institut du droit international de 1950 sur l'asile au sein du droit international¹⁰⁴, la distinction entre l'asile territorial et l'asile extraterritorial est faite. Certes, l'asile extraterritorial est analysé comme une compétence d'exception, mais cela démontre que cette proposition de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire européen s'inscrit dans un cadre conceptuel pré-existant¹⁰⁵ dont la forme ne fait qu'évoluer avec le temps. Dès lors, il est possible d'imaginer que cela puisse devenir un trait futur du régime d'asile européen.

Un historique institutionnel démontre l'existence de plusieurs centres d'impulsion dans la recherche de solutions nouvelles pour gérer l'asile et notamment le traitement des demandes de statut de réfugié de façon extraterritoriale. Le principal centre d'impulsion est la Commission européenne. En effet, elle aborde le sujet dans plusieurs de ses communications de manière assez régulière. À ses côtés existent différentes initiatives nationales ainsi que des déclarations publiques de la part de personnalités politiques. Enfin, quelques conclusions des Conseils européens et deux rapports du Parlement européen permettent de voir que le champ de réflexion s'est élargi à toute la sphère institutionnelle, prouvant ainsi qu'il ne s'agit pas d'une réflexion sans importance.

Trois périodes marquantes permettent de retracer l'historique institutionnel de l'idée de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire

¹⁰⁴ INSTITUT DU DROIT INTERNATIONAL, *Résolution sur l'asile en droit international*, Annuaire de l'IDI, 1950, p 388.

¹⁰⁵ Nous nous référons ici à la résolution de l'Institut du Droit International qui utilise le terme : asile extraterritorial.

européen : sa gestation (2.1.1), sa mise en débat (2.1.2) et ses développements récents (2.1.3).

2.1.1 Une proposition en gestation : 2000-2002

D'un point de vue institutionnel, les premières apparitions de l'idée de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur de l'Union européenne peuvent être observées dans une communication de la Commission européenne du 22 Novembre 2000 intitulée : *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union pour les personnes qui se voient accorder l'asile*¹⁰⁶. La Commission consacre, en effet, dans un paragraphe sur l'accès au territoire, une partie aux demandes d'asile effectuées en dehors de l'Union européenne. Un paragraphe très succinct énonce, que «*le traitement de la demande de protection dans les régions d'origine (...) constitue un moyen d'offrir un accès rapide à la protection.*»¹⁰⁷.

Aucun véritable développement en la matière n'est apporté, si ce n'est l'engagement de la Commission à réaliser des études de faisabilité sur ce sujet. Ce qu'elle confirme à l'annexe, contenue dans la communication précitée, par une demande d'une étude sur les demandes d'asile en dehors de l'Union européenne. Cette communication sur une procédure d'asile commune constitue, par conséquent, le point de départ officiel de la réflexion sur le traitement extraterritorial des demandes d'asile.

À peu de temps d'intervalle, en 2001, deux autres communications viennent réitérer cet énoncé témoignant ainsi de la ferme volonté de la

¹⁰⁶ CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen, Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile*, Luxembourg, 2000, COM 755 final.

¹⁰⁷ *Id*, p 9.

Commission dans ce domaine. Dans une première communication sur «*la politique d'asile commune, introduisant une méthode ouverte de coordination*»¹⁰⁸, la Commission énumère parmi les orientations européennes à suivre en matière d'asile l'évaluation du traitement des demandes d'asile faites à l'extérieur de l'État membre.

Dans la deuxième communication, la Commission se fait davantage directive, peut être en raison du fait que cette communication ne présente pas de lien direct avec la politique d'asile. En effet, cette dernière s'intitule : *Une politique commune en matière d'immigration clandestine*¹⁰⁹. Il est ainsi possible de comprendre dans quel cadre est pensée l'idée de traiter les demandes de protection à l'extérieur du territoire européen. Jusque là les communications de la Commission manquaient en effet d'établir un certain contexte afin de justifier une telle idée. Avec cette communication, il est possible de comprendre que l'idée de traiter les demandes d'asile en amont du territoire européen repose sur la recherche d'un équilibre entre la lutte contre l'immigration illégale et l'obligation de protéger ceux qui en ont besoin. Il s'agit de trouver au sein du processus de lutte contre l'immigration illégale à la fois une manière d'arrêter les abus dans la procédure d'asile par les migrants économiques et un moyen de différencier les personnes qui ont besoin de protection de celles qui n'en ont pas besoin.

Pour la Commission, «... *les États membres devraient ...étudier comment il leur est possible d'offrir rapidement protection de sorte que les réfugiés n'aient pas à recourir à l'immigration irrégulière ou aux passeurs*»¹¹⁰. Pour cela, elle

¹⁰⁸ CE, Commission, *Communication Conseil et Parlement européen sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination*, Luxembourg, 2001, COM 710 final.

¹⁰⁹ CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine*, Luxembourg, 2001, COM 672 final.

¹¹⁰ *Id.* COM (2001) 672, p 8.

confirme l'orientation des précédentes communications mais va tout de même plus loin en suggérant que :

«... les États membres pourraient faire plus grand usage de leur pouvoir discrétionnaire en autorisant davantage de demandes d'asile faites à partir de l'étranger ou le traitement de demandes de protection dans la région d'origine.»¹¹¹

L'idée se fait ainsi très claire et une avancée est observée puisque la Commission engage désormais directement les États membres dans le débat.

2.1.2 Une proposition en débat : 2002-2008

Dans l'annexe de la communication de la Commission européenne du 22 novembre 2000 intitulée : *Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme, valable dans toute l'Union pour les personnes qui se voient accorder l'asile*, la Commission sollicite une étude sur la faisabilité du traitement des demandes d'asile hors du territoire européen. Afin d'y répondre, le Centre danois des droits humains en publie une en 2002¹¹². Cette dernière permet de poser officiellement les termes du débat. Tout d'abord, cette étude part des récentes politiques de contrôles migratoires mises en place par les États européens afin de démontrer le contexte dans lequel s'inscrit l'idée de traiter les demandes de statut de réfugié en dehors du territoire européen. Les auteurs de cette étude observe notamment que les politiques de contrôles migratoires auraient pour trait commun l'interception de potentiels réfugiés en amont de leur entrée sur le territoire d'un État européen. Ainsi, d'après l'étude, cela révèle déjà une tendance à gérer le système de protection hors de la limite frontalière. Suivant le choix de la Commission européenne dans sa communication du 22 novembre 2000, l'étude sur la faisabilité du traitement extra-territorial des demandes d'asile repose sur la

¹¹¹ *Id.*

¹¹² G. NOLL, J. FAGERLUND et F. LIEBAUT, préc., note 96.

problématique des contrôles migratoires externes. Ensuite, cette étude du Centre Danois des droits humains fait remarquer la difficulté de distinguer entre les personnes qui ont besoin de protection des autres en raison de ces contrôles migratoires externes. Or, un tel constat menace considérablement l'accès à la protection. L'objet de l'étude repose en ce sens :

«... on ways and means to complement the present system of extraterritorial migration control in the EU with mechanisms allowing for the differentiation between persons in need of protection and other categories of migrants before they reach the border of potential host state.»¹¹³

Face à ce manque de discernement entre réfugiés et migrants, une solution est proposée au travers du modèle théorique de modes d'entrées protégées. Le concept de procédure d'entrée protégée tente de répondre à cet objectif spécifique qui est d'offrir une alternative à l'immigration illégale pour les demandeurs d'asile afin de pouvoir mieux distinguer les personnes en besoin de protection des autres. En ce sens, l'étude identifie ce concept comme un hybride aux régimes classiques de protection. Ce concept de procédure d'entrée protégée est défini autour de deux points : l'extension de la procédure d'asile aux pays tiers ou au pays d'origine et l'accès à un territoire protégé.

Selon l'étude, ce mode de détermination de l'asile n'est pas nouveau et fait déjà l'objet de pratiques dans de nombreux États mais sous des formes très variées.

«The major difference in these practices is the degree to which asylum procedures are placed outside state territory.»¹¹⁴

Au vu de toutes ces pratiques, l'étude propose cinq possibilités de modes

¹¹³ *Id.*, p 18.

¹¹⁴ *Id.*, p 21.

d'entrées protégées adaptées au contexte européen¹¹⁵. La première proposition est relative à une utilisation flexible du régime de visa¹¹⁶. Cela signifie que les États devraient pouvoir décider à tout moment de délivrer des visas sur la base de persécutions spécifiques dont peut faire l'objet une personne. Ce schéma a déjà été utilisé par la France et la Suède notamment et possède l'avantage, selon l'étude, d'être peu coûteux.

La deuxième proposition¹¹⁷ a trait à la création d'un modèle de représentations (Cf «a sponsorship model»). Elle s'inspire largement des pratiques existantes aux États-Unis et au Canada mais devrait être transposée dans le contexte européen. L'étude suggère deux types de mise en œuvre d'un système de représentation. D'une part, un système qui autoriserait des organisations non gouvernementales dans le pays d'origine à reporter les cas méritant une protection et, de ce fait, à faire une demande de visa d'entrée auprès des autorités du pays d'accueil. D'autre part, un système qui se servirait des organisations non gouvernementales comme point d'entrée, agences de pré-examen, co-représentant et facilitateur pour l'intégration des réfugiés. Ici, les organisations non gouvernementales sont conçues comme des points d'accès plus neutre que les représentants diplomatiques. Cette proposition suppose l'existence d'un fort partenariat entre l'État et la société civile dans la mise en place d'une protection viable pour les réfugiés.

La troisième proposition concerne la création d'une «task-force» européenne

¹¹⁵ *Id*, p 222.

¹¹⁶ *Id*, p 224.

¹¹⁷ *Id*, p 227.

régionale¹¹⁸.

«The third proposal is geared towards the double purpose of strengthening regional protection capacities while offering solutions to those whose needs cannot be accommodated regionally.»¹¹⁹

Le principal aspect de cette proposition repose sur la création d'une présence régionale européenne commune dans les pays tiers. Elle aurait pour objectif de fournir une expertise aux autorités locales quand cela serait nécessaire ainsi que d'instituer un système de renvoi¹²⁰. L'étude fait une distinction entre une présence européenne établie d'urgence et donc ponctuelle (EU regional task force) et une présence européenne établie de façon plus permanente (EU regional node). Les activités que pourrait effectuer cette présence européenne régionale sont de l'ordre de la diffusion d'information directement aux migrants ou aux autorités locales sur les possibilités d'immigration et d'asile existantes au sein de l'Union européenne. Elles sont aussi de l'ordre du traitement des demandes de statut de réfugié, de la réinstallation ou encore des procédures d'entrées protégées. Enfin, l'étude propose également que la présence européenne s'engage dans la diffusion d'information directement dans les pays d'origine. On observe que cette proposition repose sur une vision centralisée de la mise en œuvre de la politique européenne d'asile. En effet, elle suppose que les États membres agissent d'une seule voix.

La quatrième proposition énumérée dans l'étude sur la faisabilité du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié repose sur une harmonisation graduelle des modes d'entrées protégés au travers d'une directive

¹¹⁸ Dans le document, les auteurs parlent de «EU regional task force» c'est-à-dire d'une présence européenne dans les régions d'origine ayant pour but d'assister et de fournir une expertise aux autorités locales dans la gestion des réfugiés.

¹¹⁹ G. NOLL, G. J. FAGERLUND et F. LIEBAUT, préc., note 96, p 230.

¹²⁰ Par système de renvoi, il faut comprendre le retour dans le pays d'origine des personnes dont les demandes d'asile ont été refusées.

sur les meilleures pratiques des États. Ainsi, cette proposition diffère des précédentes dans la mesure où elle se base sur une approche plus juridique. Un des points importants que cette directive devrait contenir est le suivant :

«It integrates applications for protection visas as far as possible into the ordinary asylum procedures carried out by Member States' territorial asylum authorities. Territorial authorities play a pivotal role in material determination, and diplomatic representations function largely as mere receptors and mediators of protection claims.»¹²¹

Cette proposition compte utiliser les représentations diplomatiques aux fins de traitement des demandes de statut de réfugié¹²²

Enfin, la cinquième proposition concerne la création d'un visa Schengen d'asile. Cela consisterait en la création d'un modèle de régulation reposant sur la détermination de l'État responsable d'examiner une demande de visa protection au sein de sa représentation diplomatique¹²³. Cette proposition vient compléter la précédente dans la mesure où la directive qui y est proposée vise uniquement à établir un cadre global permettant d'harmoniser l'attribution d'un visa protection à travers l'Europe. Elle n'a pas, en effet, l'ambition de résoudre la question de la détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande de visa.

En réalité, cette étude vise à rendre compte de la panoplie de procédures d'entrées protégées qui existent déjà au sein de certains États membres mais qu'il faudrait harmoniser afin que l'action de l'Union européenne soit plus cohérente. À ce stade, l'analyse ne nie pas la pertinence d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié mais se questionne sur la forme la plus appropriée au contexte européen.

¹²¹ G. NOLL, J. FAGERLUND et F. LIEBAUT, préc., note 96, p 233.

¹²² Cf annexe I : reproduction du schéma de la procédure de la directive proposée (p 121)

¹²³ Cf annexe II : reproduction du schéma de la procédure pour la régulation (p 122)

À la suite de cette étude, une communication de la Commission européenne du 26 mars 2003 sur la politique commune d'asile et l'agenda pour la protection¹²⁴, se fait plus précise sur la question et surtout l'agrément de l'exposé du contexte qui entoure le système d'asile européen. En effet, elle note la crise que traverse le système d'asile et l'attribue au gonflement des flux migratoires mixtes¹²⁵ ainsi qu'à l'utilisation abusive des procédures d'asile. En ce sens, cette communication confirme et approfondit notre compréhension du contexte qui entoure cette réflexion sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. En fait, ce qu'indiquait indirectement la Commission dans une communication sur l'immigration illégale¹²⁶, elle le déclare désormais de façon explicite dans une communication sur la politique d'asile. L'existence accrue de contrôles migratoires extraterritoriaux crée un manque de discernement entre les personnes qui ont besoin de protection et les autres.

Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié au travers de modes d'entrées protégées visent selon la Commission à rendre compatible le renforcement de la protection de ceux qui en ont besoin avec le contrôle aux frontières extérieures afin de réduire les flux migratoires mixtes et permettre à ceux qui ont besoin de protection de pouvoir en bénéficier. De manière plus générale, on comprend que la problématique centrale est celle de l'accès au territoire et donc de l'accès à la protection dans un contexte de confusion des

¹²⁴ CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen sur la politique commune d'asile et l'agenda pour la protection*, Luxembourg, 2003, COM 152 final.

¹²⁵ Ce terme est devenu courant dans la littérature sur la migration et désigne l'arrivée simultanée et non différenciée de migrants économiques et de migrants ayant fui des persécutions (les réfugiés). L'Union Européenne définit ce concept de la façon suivante : «flux migratoires composés simultanément de migrants clandestins et de personnes nécessitant une protection», en ligne : <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons asylum_immigration/114561_fr.htm> (consulté le 28 octobre 2010).

¹²⁶ COM (2001) 672, préc., note 109.

personnes à la recherche d'une protection et des personnes qui émigrent pour des raisons économiques. Par ailleurs, la communication du 26 mars 2003 sur la politique commune d'asile se place très clairement dans le sillon de la deuxième phase du régime d'asile européen commun et qui requiert de développer le volet extérieur de la gouvernance des réfugiés. La commission est en effet convaincue que :

«...l'enjeu de la nouvelle phase d'harmonisation européenne telle qu'élaborée par la Commission en novembre 2000, requiert des moyens plus modernes et une interface encore plus importante entre le processus interne et le volet extérieur de la gouvernance des réfugiés. Le régime d'asile européen commun ne pourra être fondamentalement amélioré sans une intégration de problématiques globales et un approfondissement du système multilatéral de protection.»¹²⁷

En ce sens, la Commission appelle à rechercher des solutions,

«[...] qui doivent avoir pour objectif de mieux gérer le système d'asile en général et d'offrir des solutions de protection effectives et adéquates, en s'appuyant sur une maîtrise et une régulation des flux liés à l'asile, tant sur le territoire européen que dans les régions d'origine»¹²⁸.

On constate que la Commission prend acte de l'étude danoise puisque l'expression «mode d'entrée protégée» est reprise et consacrée par la Commission. Elle recommande ainsi *«qu'une attention particulière soit accordée à la question des modes d'entrées protégées»¹²⁹*. En conséquence, au vu de ces deux aspects, la Commission déclare nécessaire *«d'explorer de nouvelles voies complétant l'approche progressive définie à Tampere»¹³⁰* et propose de ce fait trois objectifs complémentaires dont le troisième a trait au *«traitement des*

¹²⁷ *Id.*, p 6.

¹²⁸ *Id.*, p 6.

¹²⁹ *Id.*, p 17.

¹³⁰ *Id.*, p 3.

demandes de protection au plus près des besoins, ce qui suppose la régulation de l'accès à l'Union Européenne par l'instauration de modes d'entrées protégées (...)»¹³¹.

Afin de donner une légitimité à cette vision de la gouvernance des réfugiés, la Commission rappelle que ces réflexions s'inscrivent dans le cadre de la mise en œuvre de l'Agenda pour la protection publié par le HCR en juin 2002. Cet Agenda est le fruit d'une vaste consultation mondiale lancé par le HCR en 2000 afin d'établir un dialogue approfondi sur la protection des réfugiés. Le but était d'étudier *«les meilleurs moyens de revitaliser le régime de protection existant tout en assurant sa flexibilité pour faire face aux nouveaux problèmes»*¹³². Ainsi l'Agenda pour la protection qui ressort de ces consultations vise à donner des réponses aux défis contemporains de la protection internationale. Il est notable qu'en citant ce dernier, la Commission témoigne d'un souci d'inscrire les actions de l'Union européenne dans la dynamique internationale de la gestion des réfugiés.

De manière assez simultanée à la communication du 26 mars 2003 sur la politique commune d'asile et l'agenda pour la protection¹³³, le 5 février 2003, le journal *The Guardian*, publie un article intitulé: *«Shifting a problem back to its source – would be refugees may be sent to protected zones near homeland»*¹³⁴ sur la base d'un document confidentiel du ministère de l'intérieur britannique. Peu de temps après, le 7 mars 2003, le document est rendu officiel dans la mesure où

¹³¹ *Id*, p 4.

¹³² H.C.R., préc., note 100, p 3.

¹³³ COM (2003) 152, préc., note 124.

¹³⁴ A. TRAVIS, «Shifting a problem back to its source Would-be refugees may be sent to protected zones near homeland», [The Guardian](#), 5 février 2003.

le gouvernement britannique le rend public sous le titre de «*New vision for refugees*»¹³⁵. Et le 10 mars 2003, dans une lettre adressée par le Premier ministre britannique à la présidence de l'Union européenne, il est demandé d'inscrire la question d'une meilleure gestion de la procédure d'asile à l'ordre du jour du Conseil européen du printemps 2003.

Avec ce document britannique, «*New vision for refugees*», l'année 2003 marque un tournant décisif dans l'historique institutionnel de l'idée de traiter les demandes de statut de réfugié hors du territoire européen. En effet, si les propositions de la Commission européenne pouvaient apparaître jusqu'ici encore un peu vagues et timides, le Premier ministre britannique pose ouvertement cette nouvelle vision de la gestion de l'asile sur la scène publique européenne. Les propositions contenues dans le texte britannique s'inscrivent dans le même contexte exposé à de multiples reprises par la Commission : celui des politiques de contrôles migratoires. L'approche privilégiée dans ce document est ainsi basée,

*«[...] around the principle of trying to better manage the asylum process globally, breaking the link between illegal immigration and asylum seeking, providing greater certainty for governments and more equitable protection for the majority of refugees. It is a pro-refugee but anti-asylum seeking strategy»*¹³⁶.

La principale proposition repose sur l'obtention d'une meilleure protection dans les régions d'origine.

*«We will continue to take refugees but on a managed basis processing applications in these source regions. Central to this approach, and in the interests of equity, we would also return those who apply for asylum here to these source regions for protection and potentially processing.»*¹³⁷

¹³⁵ GOUVERNEMENT DU ROYAUME-UNI, *New Vision for Refugees*, préc., note 3.

¹³⁶ *Id.*, p 1.

¹³⁷ *Id.*

Concrètement, une telle proposition passe par la création de zones de protection dans les régions d'origine. Elles supposent que les réfugiés peuvent y trouver une protection effective et qu'elles devraient être gérées par une organisation internationale telle que le HCR. Sur le modèle de la notion de pays tiers sûrs, la vision britannique des zones de protection implique l'institutionnalisation d'un retour des demandeurs d'asile provenant d'une région dans laquelle se trouve une zone de protection. Il faut mentionner le fait que ce document a été l'objet d'une vive discussion au sein de l'Union européenne. Néanmoins, il faut remarquer que le document britannique a permis d'élargir le débat sur le traitement extraterritorial des demandes d'asile d'autres acteurs que la Commission européenne. Le Conseil européen de Thessalonique des 19 et 20 juin 2003¹³⁸ a ainsi déclaré au point 61 de ses conclusions que «*le conseil européen a pris note de la lettre du Royaume-Uni concernant de nouvelles approches pour la protection internationale et a invité la Commission à approfondir les idées exposées (...)*». De ce fait, le 3 juin 2003 la Commission européenne répond à la requête du Conseil Européen avec une autre communication sur le sujet intitulée *Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*¹³⁹. L'argumentaire est toujours le même. De l'existence d'une crise du système notamment en raison de l'augmentation des flux mixtes, et donc du danger qui émane du manque de discernement entre les personnes qui ont besoin de protection et les autres, il en découle une nécessité de favoriser une arrivée organisée des personnes ayant besoin de protection internationale. Cette communication vise, en réalité, après la proposition britannique, à se faire

¹³⁸ CE, Conseil européen de Thessalonique, *Conclusions de la présidence*, 19 et 20 juin 2003, en ligne <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/76279.pdf>. (consulté le 20 octobre 2009).

¹³⁹ CE, Commission, *Communication au Conseil et Parlement européen, Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, Luxembourg, (2003) COM 315 final.

plus précise et formule ainsi une proposition sur la meilleure façon d'exploiter les résultats de l'étude danoise de 2002. Elle précise ainsi le concept de procédure d'entrée protégée qu'elle définit comme :

«... le fait de permettre à un étranger d'introduire une demande d'asile ou une autre forme de protection internationale auprès du pays d'accueil potentiel, mais en dehors du territoire de celui-ci, et d'obtenir un titre de séjour si une réponse positive, qu'elle soit provisoire ou finale, est donnée à sa demande.»¹⁴⁰

De plus, la Commission retient une des propositions faites par l'étude danoise : celle de la création d'une task-force de l'Union européenne dans les régions d'origine.

Si l'on se tourne désormais vers une autre institution européenne, une recherche avancée de la documentation institutionnelle révèle, en dernier lieu, l'existence de deux rapports du Parlement européen à propos des deux communications de la Commission européenne de 2003. Il s'agit des rapports Marinho et Lambert de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires étrangères, du Parlement Européen, respectivement datés des 17 mars 2004 et 29 novembre 2004¹⁴¹. Ces derniers révèlent l'importance des sujets abordés par les deux communications rédigées par la Commission et donnent ainsi davantage de poids à la réflexion en cours.

Il est tout d'abord intéressant de noter que chacun des rapports rejette à sa manière le contenu de la proposition britannique. En effet, les deux rapports déclarent respectivement :

«(...) que des zones de protection régionales et des centres de transit situés

¹⁴⁰ *Id.*, p 17.

¹⁴¹ CE, Parlement, *Rapport sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, préc., note 79 ; CE, Parlement, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Rapport sur la procédure d'asile et la protection dans les régions d'origine*, Strasbourg, (2004) 2004/2121(INI).

hors du territoire de l'Union européenne peuvent ne pas garantir un degré de protection équivalent; la crédibilité d'un régime d'asile efficace, et la confiance qu'il peut susciter, ne pourront être rétablies par la création de zones de protection régionales et de centres de transit si ceux-ci sapent les principes fondamentaux de la Convention de Genève, de la Convention européenne des droits de l'homme et le concept-clé de partage des responsabilités.»¹⁴²

«(...) rejette l'externalisation du processus d'examen des demandes qui consiste à transférer les candidats à un statut de réfugié vers un pays tiers, non seulement parce que ce processus complique encore le processus de représentation, mais qu'il le prive de tout contrôle démocratique.»¹⁴³

Par contre, chaque rapport se prononce en faveur de l'établissement de procédures d'entrées protégées¹⁴⁴ et invite les États membres de l'Union européenne à s'atteler sur ce point. Selon ces deux rapports ces procédures devraient permettre,

«[...] à un étranger de présenter une demande d'asile ou toute autre demande de protection internationale auprès d'un pays d'accueil potentiel, mais hors du territoire de ce dernier, et d'obtenir un permis d'entrée si la demande est accueillie favorablement, ce qui requiert l'adoption d'un instrument législatif réglant la question»¹⁴⁵.

L'examen de ces deux rapports permet de conclure qu'il existe un consensus généralisé des trois principales institutions européennes sur la nécessité d'établir un processus complémentaire de protection dans les régions d'origine.

Une autre communication de la Commission européenne de 2004 sur la gestion de l'entrée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une

¹⁴² Id., *Rapport sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés* p 12, point 16.

¹⁴³ Id., *Rapport sur la procédure d'asile et la protection dans les régions d'origine*, p 6, point 8.

¹⁴⁴ Id., *Rapport sur la procédure d'asile et la protection dans les régions d'origine*, p 8, point 20 et 21 ; *Rapport sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, p 13, point 23 (d).

¹⁴⁵ Id., *Rapport sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, p 15, point 29 (b).

protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origines revient sur la question mais sans véritable grande avancée¹⁴⁶. Elle ne fait que rappeler le contenu des communications précédentes et laisse même entrevoir un certain recul en la matière puisqu'elle déclare ne pas proposer la création au niveau de l'Union européenne d'une procédure d'entrée protégée en tant que mesure autonome mais plutôt en tant que mesure d'urgence s'inscrivant dans le cadre de la réinstallation. Dès lors, on observe dans cette communication un léger recul quant à la volonté de traiter les demandes d'asile hors du territoire européen.

Néanmoins, après l'affaire du Cap Anamur de juillet 2004¹⁴⁷, les ministres allemands et italiens émettent une proposition de nature à relancer le débat. En effet, les deux ministres proposent de mettre en place des «portails d'immigration» hors du territoire européen¹⁴⁸. Selon cette formule, rendue publique lors d'une réunion des ministres de l'Intérieur des deux pays le 12 août 2004, ces «portails» s'implanteraient à la fois dans les pays d'origine et de transit (comme par exemple la Libye). Leur but serait de «trier» les demandeurs d'asile

¹⁴⁶ CE, Commission, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine*, «Améliorer l'accès à des solutions durables», Luxembourg, (2004) COM 410 final.

¹⁴⁷ Rappel des faits: Le 11 juillet 2004, le Cap Anamur est autorisé pour raisons humanitaires à accoster en Sicile, 20 jours après avoir sauvé les 37 passagers d'un bateau pneumatique en perdition dans les eaux internationales entre la Libye et l'île de Lampedusa. L'Italie, Malte et l'Allemagne se sont renvoyés la balle, au mépris des conventions internationales, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'une urgence humanitaire à laquelle il leur était impossible de répondre sous peine d'instaurer un dangereux précédent qui ouvrirait la voie à de nombreux abus. Puis, le 1er juillet, les autorités italiennes interdisent leurs eaux territoriales, ignorant le devoir d'assistance à «toute personne trouvée en mer en danger de mort». Service d'information des Nations Unies, «L'expulsion des réfugiés du Cap Anamur en Italie critiquée par le H.C.R.», en ligne : <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyFAr.asp?NewsID=8524&Cr=HCR&Cr1>> (consulté le 5 janvier 2010).

¹⁴⁸ FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME, *UE et droit d'asile: de grave menace à la protection des réfugiés*, Migration et politique d'asile, 2004, p 1, en ligne : <http://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a1858.pdf>. (consulté le 15 janvier 2010).

et les migrants souhaitant accéder au territoire européen afin de contribuer à réguler l'afflux de candidats à l'asile et à l'immigration.

Ainsi en 2008¹⁴⁹, la Commission abandonne cette réserve qui ressortait de la communication de 2004 sur la création de procédure d'entrée protégée et donc sur l'idée de traitement extraterritorial des demandes d'asile. Pour preuve, parmi les objectifs principaux du régime d'asile européen commun, elle place en premier la nécessité de prendre des mesures pour faciliter l'accès à la protection en dehors du territoire de l'Union. De plus, elle s'engage à lancer en 2009 une autre étude, en consultation étroite avec le HCR, sur :

*«... l'intérêt, la pertinence et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors du territoire communautaire. Les conclusions de cette étude contribueront aux débats et aux évolutions des politiques au niveau de l'Union, en vue d'une amélioration de l'accès à l'Union, en complément du régime d'asile européen commun et dans le respect des normes internationales applicables.»*¹⁵⁰

À l'appui de cette communication il faut citer celle de 2009 sur un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens¹⁵¹. Cette dernière appelle à poursuivre l'examen de la faisabilité et des implications juridiques et pratiques du traitement commun des demandes d'asile à l'intérieur et à l'extérieur de l'Union. On y déclare également que des,

«[...] procédures d'entrée protégée et la délivrance de visas humanitaires devraient être facilitées, y compris avec l'aide des représentations diplomatiques, ou de toute autre structure créée dans les pays tiers, dans

¹⁴⁹ CE, Commission, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Plan d'action en matière d'asile: une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union»*, Luxembourg, 2008, COM 360 final.

¹⁵⁰ *Id.*, p11.

¹⁵¹ CE, Commission, *Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Une aire de liberté, sécurité et justice qui au service des citoyens*, Luxembourg, 2009, COM 262/4 final.

le cadre d'une stratégie globale de gestion des mobilités»¹⁵².

En tout dernier lieu, et dans un sens pour conclure sur cette période de débat au sujet de la proposition de traiter les demandes de statut de réfugié de façon extraterritoriale, un document remarquable du Conseil de l'Europe¹⁵³ intitulé *Une évaluation des centres de transit et de traitement en tant que réponse aux flux mixtes de migrants et de demandeurs d'asile*, doit faire l'objet d'un bref commentaire. Tout d'abord, il s'agit d'un document de 2007, donc relativement récent. Ainsi, il reflète et confirme l'existence d'un questionnement continu sur la question du traitement extraterritorial des demandes d'asile. Toutefois elle émet dans le même temps un certain nombre de réserves et pose des questions d'ordre juridique, matériel et logistique dans la réalisation d'un tel projet. Malgré tout, il apparaît que le souci central de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soit de trouver des solutions nouvelles pour gérer le problème des flux mixtes. Or, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié reste sans conteste, en regard des développements récents, la principale solution.

2.1.3 Les développements récents : 2008-2010

Le 27 mai 2009, après les opérations navales conjointes de l'Italie et de la Libye en Méditerranée, Jacques Barrot, vice président de la Commission européenne, a adressé une lettre au Président du Conseil européen : *Calling for a two-pronged EU approach on asylum and humanitarian protection*. Il y était écrit:

«On the internal front, he suggested a “voluntary effort” among EU member states for “resettlement of persons under international protection.” On the external front, he proposed: Establishment of relations between the UNHCR and Libya with a view to setting up a scheme there for the reception and protection of asylum seekers that will meet the highest international

¹⁵² *Id.*, p 28.

¹⁵³ *Une évaluation des centres de transit et de traitement en tant que réponse aux flux mixtes de migrants et de demandeurs d'asile*, préc., note 5.

*standards. In particular, the scheme would make it possible to determine the status of people sent back to Libya, who might then be offered resettlement.»*¹⁵⁴

Par ailleurs, à l'appui de cette lettre, Jacques Barrot s'exprimait, dans un entretien radiophonique du 12 juillet 2009, sur la possibilité d'ouvrir des points d'accueil en Libye et en Turquie pour les demandeurs d'asile¹⁵⁵. La justification reprend l'argumentaire posé par la Commission européenne dans les communications ci-dessus mentionnées. Il s'agit de faire en sorte que les demandeurs d'asile n'aient plus recours à l'immigration illégale afin de pouvoir réduire les flux mixtes et de faire en sorte que ceux qui ont besoin de protection puissent l'obtenir.

Le 20 octobre 2009, dans un entretien pour le journal Le Figaro, Jacques Barrot réitérait :

*«Une solution pour l'Europe serait de faire un premier tri dans les pays de transit des clandestins, comme la Turquie ou la Libye, avec l'aide du HCR. Je m'y active.»*¹⁵⁶

Entre temps, Jacques Barrot, avait écrit officiellement aux 27 pays membres de l'Union européenne en juin 2009 afin de leur présenter une série de mesures qui devaient être proposées aux ministres de l'Intérieur des États membres lors d'un Conseil Européen. Parmi ces mesures figurait la proposition d'ouvrir un bureau de réception de demandes d'asile dans les pays d'Afrique du Nord, particulièrement en Libye. Lors de cette rencontre des ministres de la Justice et des Affaires intérieures le 4 juin 2009, il était de plus annoncé que,

«[...] the European Commission will table several initiatives to address migration management in the Mediterranean, including plans to set up

¹⁵⁴ HRW, préc., note 87, p 33. Cette citation n'est disponible qu'en anglais dans la mesure où il n'existe pas de version française du document cité de Human Rights Watch.

¹⁵⁵ «Barrot veut des points d'accueil pour les migrants», *EUROPE 1*, 12 juillet 2009.

¹⁵⁶ *Id.*

*reception and processing facilities in north Africa»*¹⁵⁷.

En outre, il faut citer le récent document de la délégation française proposé au Conseil Européen le 11 septembre 2009. Ce dernier s'intitule : *La situation migratoire en Méditerranée: établir un partenariat avec les pays d'origine et de transit des migrants, améliorer les opérations maritimes conjointes des États membres et trouver des solutions innovantes pour l'accès aux procédures d'asile*¹⁵⁸. Ce document présente un intérêt dans la mesure où il remet sur le devant de la scène européenne cette tentative toujours inaboutie de trouver un moyen de traiter les demandes d'asile hors du territoire européen. Deux propositions sont faites sur le sujet mais seulement la deuxième rentre dans le cadre de la présente étude. La France propose à la Commission européenne de considérer la possibilité d'introduire dans les représentations diplomatiques des États membres en Libye une procédure spécifique pour le traitement des demandes d'asile. Une telle procédure aurait pour objectif d'identifier le bien-fondé des demandes, en accord avec des critères qu'il faudra définir au sein de l'Union européenne. Les personnes dont la demande ne sera pas considérée comme manifestement infondée seront autorisées à entrer sur le territoire de l'Union européenne. Moins audacieuse que la proposition britannique, la France propose ici une procédure de traitement extraterritorial au sein d'un cadre théorique déjà existant, soit celui de l'asile diplomatique. De plus, sa réalisation est pour le moment restreinte à un seul pays: la Libye.

¹⁵⁷ ECRE, *Ministers Must Ensure Respect for the Right to Seek Asylum in Europe*, Bruxelles, 3 juin 2009, p 1, en ligne : http://www.ecre.org/files/ECRE_Press_release_JHA_council_June_2009.pdf. (consulté le 9 décembre 2009).

¹⁵⁸ DÉLÉGATION FRANÇAISE, Note au Conseil européen, *La situation migratoire en Méditerranée: établir a partenariat avec les pays d'origine et de transit des migrants, améliorer les opérations maritimes conjointes des États membres et trouver des solutions innovantes pour l'accès aux procédures d'asile*, Doc. 13205/09, Bruxelles, 11 septembre 2009.

Cet historique met en évidence le fait que les institutions européennes ainsi que les États membres de l'Union européenne partagent un même constat : celui de la crise du système d'asile tel qu'il a été mis en œuvre depuis Tampere. Au cœur de l'idée du traitement extraterritorial des demandes d'asile se niche la problématique de l'équilibre entre la lutte contre l'immigration illégale et le respect des obligations de protection envers ceux qui en ont besoin.

Certes, cet historique institutionnel met également en évidence le fait que dix années de débats, de discussions et de propositions se sont écoulées sans qu'il n'en résulte aucune mise en œuvre concrète en la matière. Toutefois, un tel constat peut se justifier par la nécessité de développer un régime d'asile commun au sein de l'Union européenne avant de pouvoir penser établir une procédure complémentaire hors du territoire. En effet, le processus d'harmonisation de la politique d'asile est déjà allé au-delà des échéances prévues et les États membres de l'Union européenne possèdent encore de fortes disparités dans la mise en œuvre de la réglementation existante en matière d'asile.

Aujourd'hui, alors que ce processus d'harmonisation entre dans sa troisième phase par le biais du programme de Stockholm¹⁵⁹, il semble possible d'imaginer que les États pourront désormais être plus ouverts sur le court terme au développement d'un autre mode de traitement des demandes d'asile. Les développements politiques récents déjà exposés en constituent la preuve. De

¹⁵⁹ L'orientation donnée au travail de l'Union dans le domaine de la justice et des affaires intérieures est formulée dans un programme quinquennal. Le programme de La Haye, qui a été adopté lors de la Présidence des Pays Bas en 2004, est arrivé à échéance en 2009. C'est pourquoi aujourd'hui le Programme en vigueur est celui de Stockholm. Celui-ci a été examiné lors de la réunion ministérielle informelle de juillet 2009 à Stockholm, pour être ensuite adopté par les chefs d'États et de gouvernement de l'Union lors du sommet de décembre 2009. Le programme de Stockholm a pour objectif de fixer le cadre de travail de l'Union européenne en ce qui concerne la coopération des polices et des douanes, la protection civile, la coopération judiciaire en matière pénale et civile, les questions d'asile, de migrations et la politique des visas pour les années 2010 à 2014.

plus, dans le programme de Stockholm la Commission est appelée à explorer :

«... where appropriate, new approaches concerning access to asylum procedures targeting main transit countries, such as protection programmes for particular groups or certain procedures for examination of applications for asylum, in which Member States could participate on a voluntary basis.»¹⁶⁰

Cet exposé de l'historique institutionnel de l'idée du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié a, par ailleurs, démontré qu'il s'agit d'une idée ancienne qui n'a cessé d'être répétée, au fil des ans, dans différent fora européen et à tous les niveaux de décisions, autant étatique qu'institutionnel. Ce constat prouve une grande détermination et un large consensus sur la question générale d'aménager le système actuel de gestion des réfugiés en Europe afin de faire face aux flux mixtes et de lutter contre l'immigration illégale. Ce constat indique également l'existence d'un cadre de pensée pré-existant. En conséquence, il ne reste plus qu'à dresser un cadre d'action pour que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié devienne une réalité juridique au sein de la politique d'asile de l'Union européenne. Néanmoins, à côté de cela, subsiste la critique de nombreux auteurs vis-à-vis la mise en œuvre pratique et juridique du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. En effet, pour certains, la question de la responsabilité de la gestion du traitement de ces demandes ainsi que la qualité de la protection sont des points sensibles¹⁶¹.

Pour notre part, la question la plus sensible qui se pose et surtout la moins traitée au sein de la littérature actuelle est celle de l'adéquation entre le traitement

¹⁶⁰ CE, Présidence du Conseil européen, *Programme multi-annuel pour une aire de liberté, sécurité et justice au service du citoyen (Programme de Stockholm)*, Doc. 14449/09, Bruxelles, 16 octobre 2009.

¹⁶¹ K. DE VRIES, préc., note 10 ; M. GARLICK , préc., note 10 ; Angus FRANCIS, «Bringing Protection Home : Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing», (2008) 20 *International Journal of Refugee Law* 273.

extraterritorial des demandes de statut de réfugié et le principe de non refoulement contenu à l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés*. La littérature en la matière se concentre sur l'adéquation entre le principe de non refoulement avec une série d'actions, telles que les interceptions en haute mer, les entrées illégales, les demandeurs d'asile illégaux, l'arrivée des demandeurs d'asile par bateaux, les zones internationales, l'extradition, l'expulsion et les demandeurs d'asile secourus en mer¹⁶². Ainsi, elle ne traite pas de la compatibilité du principe de non refoulement avec le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Comme si le manque de réalité juridique concrète rendait inutile une étude juridique de la question. Certes au premier abord, il ne s'agit pas d'une flagrante situation de refoulement. Toutefois, plusieurs auteurs reconnaissent que les États «*may deny admission in ways not obviously amounting to breach of the principle*»¹⁶³.

Le débat qui habite l'étendue *rationae loci* du principe de non refoulement, ayant été posé, il nous appartient désormais d'analyser l'adéquation de ce dernier avec notre problème spécifique de recherche.

2.2 L'adéquation entre le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié et le principe de non refoulement

Rappelons en préliminaire les dispositions de l'article 33 alinéa 1 de la

¹⁶² G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 268-284 ; G. GAMMELTOFT-HANSEN, préc., note 15.

¹⁶³ GOODWIN-GILL G. et J. MCADAM, préc., note 18, p 267 et J. HATHAWAY, préc., note 18, p 335 : «*Increasingly, however, states are inclined to take action in areas beyond their own territory (including beyond their territorial sea) with a view to forcing refugees back to their place of origin, or at least towards some other state. (...) But because these deterrent measures are premised on denial to the refugee of any direct contact with a receiving state, the question arises whether a state party which engages in arms-length actions that lead ultimately to refugees being forced back to their country of origin has breached the duty of non-refoulement*».

Convention relative au statut des réfugiés :

«Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques»

Notre méthodologie juridique nous conduit ici à analyser l'adéquation entre la question spécifique de recherche et le référentiel légal (le principe de non refoulement) au travers d'arguments en faveur et en défaveur des deux interprétations avancées. Nous commencerons par les arguments de texte, pour ensuite analyser les arguments téléologiques, puis les arguments historiques. Enfin, nous examinerons les arguments *conséquentialistes*.

Dans cette analyse de compatibilité, il est évident que nous suivons l'hypothèse selon laquelle le principe de non refoulement est interprété comme applicable de façon extraterritoriale. Dans le contexte européen, cette hypothèse semble réaliste pour plusieurs raisons. Tout d'abord, selon l'article 21 de la *Directive qualification*¹⁶⁴, il faut pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, que *«les États membres respectent le principe de non-refoulement en vertu de leurs obligations internationales»*.

Or, il a été argumenté que dans la mesure où l'article 21 (1) de cette même Directive ne comporte pas de restriction territoriale, celui-ci devrait pouvoir s'appliquer aux situations de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié¹⁶⁵.

¹⁶⁴ CE, *Directive 2004/83/CE* du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, [2004] JO, L 304/12 à la p 12.

¹⁶⁵ K. DE VRIES, préc., note 10, p 89.

*«... the principle of non refoulement is enshrined in Article 21 (1) of the Qualification Directive, without any territorial limitations. Hence, if an asylum seeker were subjected to refoulement from an extraterritorial protection zone by a Member State, this would constitute a violation of EU law.»*¹⁶⁶

Le principe de non refoulement est également mentionné comme un principe clé du droit international relatif aux réfugiés et a été adopté par le Conseil européen de Tampere d'octobre 1999, au paragraphe 13 des conclusions¹⁶⁷ en plus d'être consacré à l'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁶⁸. Au sujet de la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence sur l'application extraterritoriale de la Convention est très claire : dès lors que la Cour est d'avis qu'un État exerce un contrôle effectif sur le territoire d'un autre État, la Convention est applicable¹⁶⁹. En conséquence, le principe de non refoulement inscrit à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait s'appliquer dans la situation de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié.

Enfin, on peut déduire une volonté de respecter cette règle de la manière la plus large qu'il soit puisque dans une récente conclusion du Conseil de l'Union européenne en date du 25 et 26 février 2010, il est souligné que *«toutes les mesures et actions prises à la suite des présentes conclusions doivent respecter intégralement (...) le principe de non-refoulement»*. Or, la conclusion porte sur des mesures pour renforcer les frontières extérieures des États ainsi que sur la lutte contre l'immigration illégale. Cela amène donc à penser que les États de l'Union

¹⁶⁶ *Id.*, p 93.

¹⁶⁷ Conclusion de la présidence, préc., note 85, par. 13.

¹⁶⁸ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, préc., note 52.

¹⁶⁹ *Loizidou c. Turquie*, précité note 57 ; *Bankovic et al c. Belgique et 16 autres États membre*, n° 5207/99, CEDH, 2001.

européenne entendent appliquer le principe de non refoulement à leurs actions extraterritoriales.

Officiellement aucune déclaration vient appuyer ce constat, mais on peut légitimement penser eu égard aux textes communautaires ainsi qu'au regard des documents institutionnels, que l'Union européenne est encline à respecter le principe de non refoulement dans des actions de nature extraterritoriale.

2.2.1 Les arguments de texte

L'argument de texte amène à s'interroger sur le sens littéral des éléments constitutifs essentiels du texte à comprendre, soit ici l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés*.

Dans le but de pouvoir dresser une conclusion la plus éclairée possible, nous étudierons à la fois les arguments de texte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement (a) et les arguments de texte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement (b).

a) Les arguments de texte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement

À l'article 33 alinéa 1, les termes *refouler* et *expulser* présentent indéniablement l'élément constitutif essentiel du texte. En effet, l'acte interdit prescrit par le texte repose expressément sur ces termes là. Dès lors, leur signification doit démontrer qu'ils ne permettent pas le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Selon le dictionnaire de

français Larousse, le verbe *refouler* est défini comme suit : «*Pousser en arrière, faire reculer, refluer (des personnes). Refouler des immigrants à la frontière.*»¹⁷⁰

Ainsi de façon littérale, le terme *refouler* signifie : ramener, repousser¹⁷¹. Le comportement interdit par l'article 33 alinéa 1 est dès lors un acte de renvoi ou de rejet. La nature de l'acte interdit peut être multiple, allant de l'extradition au refus d'admission à la frontière¹⁷². *De jure* l'article 33 ne fait que prescrire une interdiction, soit celle de ne pas *refouler*, mais *de facto* il en découle un devoir d'admission temporaire sur le territoire d'un État aux fins de traitement de la demande de statut de réfugié. En effet, selon Hathaway cette admission temporaire est l'unique garantie pour l'État d'accueil de ne pas renvoyer un individu vers une situation de persécution¹⁷³.

Or, dans la situation du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, cette admission temporaire sur le territoire de l'État d'accueil n'est plus réalisable. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié reporte l'admission à l'obtention d'un visa d'entrée après un premier traitement de la demande dans un pays tiers. Il renverse ainsi la procédure traditionnelle de détermination du statut de réfugié. En effet, de manière usuelle, la procédure était de fournir, dans un premier temps, un accès au territoire et, dans un second temps, un examen de la demande de protection. Au lieu de cela, le traitement

¹⁷⁰ Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2008, p 2161.

¹⁷¹ G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 201.

¹⁷² H.C.R., préc., note 24, point D : «*Measures of refoulement are various and include expulsion/deportation orders against refugees, return of refugees to countries of origin or unsafe third countries, electrified fences to prevent entry, non-admission of stowaway asylum-seekers and push-offs of boat arrivals or interdiction on the high seas*»

¹⁷³ J. HATHAWAY, préc., note 18, p 301.

extraterritorial des demandes de statut de réfugié entraîne l'examen de la demande de statut de réfugié dans un premier temps et l'obtention de l'accès au territoire dans un second temps seulement. De plus, dans cette situation, l'accès au territoire ne sera autorisé que si le demandeur est reconnu avoir besoin d'une protection. Ainsi, selon certains commentateurs «*extraterritorial processing denies access to the in-country processes (...)*»¹⁷⁴.

Par ailleurs, selon les termes de l'article 33 il faut comprendre que l'interdiction de refoulement est de deux ordres : le renvoi mais également le refus d'entrée. Ainsi, selon Hathaway «*article 33 may also be breached when a state creates a legal ruse in order to avoid formal acknowledgement of the arrival of a refugee*»¹⁷⁵. En d'autres termes, certaines politiques étatiques peuvent entraîner pour les réfugiés de fait, une restriction d'accès au territoire d'un État.

Or, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié revient à éviter, pour une certaine partie des demandeurs d'asile, le traitement de leur demande de statut de réfugié à l'intérieur du territoire européen. Ainsi, indirectement l'Union européenne évite de respecter son obligation de ne pas refuser l'entrée sur son territoire à des individus dont les droits pourraient être menacés par le simple fait de rester dans un pays de transit et de ne pas pouvoir atteindre un continent plus sûr. En conséquence, si le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne viole pas directement le principe de non refoulement, la situation qui en résulte équivaut à un déni de l'admission temporaire et à une restriction d'accès au territoire pour les réfugiés qui souhaitent trouver refuge directement en Europe.

Par référence aux interceptions en mer, une telle situation pourrait

¹⁷⁴ A. FRANCIS, préc., note 161, p 299.

¹⁷⁵ J. HATHAWAY, préc., note 18, p 321 ; G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 387.

constituer une nouvelle forme d'interception. On parlerait ainsi d'interception dans les pays d'origine. Or, elle priverait les termes de l'article 33 alinéa 1 de leur effet et va donc à l'encontre du principe de non refoulement. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié serait dès lors une forme de non-accès au territoire et constituerait donc une violation du principe de non refoulement. De plus, selon certains auteurs, la pratique de traitement extraterritorial,

«[...] has opened up new frontiers in the debate on non-refoulement. Refugee advocates adopt a liberal interpretation, claiming that sending asylum seekers to countries such as Nauru that are not signatories to the Refugee Convention could constitute refoulement»¹⁷⁶.

Ce constat est d'ailleurs partagé :

«Neo refoulement, we contend, refers to a geographically based strategy of preventing the possibility of asylum through a new form of forced return different from non refoulement, the strictly legal term that prohibits a signatory state from forcibly repatriating a refugee against its commitment codified in Article 33 of the 1951 Refugee Convention.»¹⁷⁷

En outre, en l'état actuel de la réflexion, le traitement extraterritorial se ferait dans des États tels que la Libye, non signataire de la *Convention relative au statut des réfugiés*, tout comme l'était Nauru dans l'exemple cité ci-dessus. Dès lors, si l'on s'autorise à suivre ce nouveau raisonnement sur le principe de non refoulement nous sommes en mesure d'avancer que le traitement extraterritorial des demandes d'asile est une nouvelle forme de refoulement et va ainsi à l'encontre du principe de non refoulement.

¹⁷⁶ J.C. MORRIS, préc., note 6, p 60.

¹⁷⁷ Jennifer HYNDMAN et Alison MOUNTZ, «Another Brick in the Wall? Néo-Refoulement and the Externalization of Asylum in Australia and Europe», (2008) 43 *Government and Opposition* 249, p 250.

Enfin, selon les termes de l'article 33, la nature de la menace constitutive d'une interdiction de renvoi est reliée à la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social et à ses opinions politiques. Or, de récentes évolutions en la matière tentent d'élargir la définition de ces champs de menaces au genre, soit aux violences faites aux femmes¹⁷⁸. Le HCR soutient depuis longtemps le fait que les États devraient inclure dans l'interprétation de la menace à un certain groupe social les femmes qui subissent de graves traitements inhumains¹⁷⁹. Cela désigne notamment, les violences spécifiques faites aux femmes telles que la mutilation génitale, la traite, l'avortement forcé et les violences conjugales. Or, un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, dans des pays tiers dont le système de détermination de statut de réfugié est peu développé, ne garantit pas la prise en compte de ces évolutions. En ce sens, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié diminue considérablement le niveau de protection contre le refoulement, comparativement à la protection qui existe sur le territoire européen. Un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié priverait de son effet, là encore, les termes de l'article 33 alinéa 1.

Ainsi, ces arguments de texte démontrent que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est davantage enclin à aller à l'encontre du principe de non refoulement. Néanmoins, une analyse critique de notre objet d'étude nous amène à nous interroger sur l'autre pan de la question, soit celui d'une adéquation entre le traitement extraterritorial des demandes de statut de

¹⁷⁸ G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 81.

¹⁷⁹ *Id.*, p 82 (voir notamment la conclusion du Comité exécutif No 39 (1985). Et voir aussi le *Guide canadien sur les femmes réfugiées requérantes pour des persécutions reliées au genre*, en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/women.aspx>>. (consulté le 10 mars 2010).

réfugié et le principe de non refoulement.

b) Les arguments de textes démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement

L'acte expressément interdit par l'article 33 alinéa 1 est le renvoi, la reconduite vers un endroit où la vie et la liberté d'un individu est menacée. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié n'est pas, par définition, un acte de renvoi. Au contraire, il vise à ce que la protection pour les personnes qui en ont besoin soit assurée et ce, au plus près de leurs besoins. Le traitement extraterritorial des demandes d'asile instaure un autre moyen de traiter les demandes de statut de réfugié au côté de celui qui existe déjà au sein des États de l'Union européenne. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne peut pas littéralement constituer un acte de refoulement, au sens de l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugié*.

Il n'est pas non plus une action qui aura pour effet direct de renvoyer des réfugiés vers un territoire où leur vie et leur liberté sont menacées. En effet, dans la mesure où il s'agit de traiter une demande de statut de réfugié, les droits les plus élémentaires du droit des réfugiés doivent s'appliquer. Le principe de non refoulement est un de ces droits les plus élémentaires. Si des situations de renvoi sont constatées, la seule raison valable est que la demande de statut de réfugié est infondée. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne peut donc pas violer les termes de l'article 33 alinéa 1.

Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne peut non plus engendrer le refoulement dans la mesure où le transgresser aboutirait à engager la responsabilité des autorités mises en cause. Du moins, si une

situation de refoulement vient à être constatée, celle-ci sera sans aucun doute sanctionnée. Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va dès lors pas à l'encontre des termes de l'article 33 alinéa 1.

Par ailleurs, le sens littéral des termes 'refouler' et 'expulser' de l'article 33 alinéa 1 conduit, en fait, à faire du principe de non refoulement une obligation de résultat, ne pas renvoyer, et non pas une obligation de moyen. Peu importe, en effet, la manière utilisée pour que le principe de non refoulement soit respecté. Rien dans la Convention, ou dans les termes de l'article 33 alinéa 1, ne prescrit que le respect du principe de non refoulement suppose un traitement territorial des demandes de statut de réfugié.

Enfin si l'on suppose que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est une forme de procédure qui empêche les réfugiés d'accéder au territoire européen, un autre argument permet de démontrer que cela ne contrevient pas aux termes de l'article 33 alinéa 1. En effet, à ce sujet, une Cour d'appel britannique avait déclaré dans son arrêt que si l'article 33 alinéa 1 de la *Convention relative au statut des réfugiés* pose une obligation sur les États de ne pas renvoyer un réfugié vers un lieu où sa vie et sa liberté seraient menacées, il ne pose aucune obligation d'aider les réfugiés à fuir leur pays¹⁸⁰. De ce fait, la Cour en conclut que les États n'ont pas d'obligation de faciliter l'arrivée des réfugiés ; la Cour déclara même qu'ils possèdent le droit de prendre des mesures actives pour empêcher leur arrivée. En effet, selon elle :

«... for good measure article 33 forbids 'refoulement' to 'frontiers' and, whatever precise meaning is given to the former term, it cannot comprehend action which causes someone to remain on the same side of the frontier as they began ; nor indeed could such a person be said to have been returned

¹⁸⁰ *European Roma Rights Centre and others v. Immigration Officer at Prague Airport and another*, précité, note 66, par 37.

*to any frontier. (...) not merely is the Home Secretary under no obligation to facilitate the arrival of asylum seekers but rather he is entitled to take steps to prevent their arrival.»*¹⁸¹

Dès lors, d'après la jurisprudence, il faudrait distinguer l'interdiction de renvoyer un réfugié vers son pays d'origine, des mesures non prohibées qui visent à empêcher l'accès au territoire d'un État. Ainsi, le sens littéral des termes de l'article 33 alinéa 1 ne permet pas de dire qu'une procédure telle que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est prohibée. En ce sens, puisque les États «*have the right under non refoulement to take positive action to prevent refugees' access to their borders*»¹⁸², les termes de l'article 33 alinéa n'ont pas pour effet de rendre le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié incompatible au principe de non refoulement.

Pour corroborer ces deux argumentations de texte, il faut désormais se pencher sur l'argumentation téléologique relative à l'article 33 alinéa 1.

2.2.2 Les arguments téléologiques

La méthode d'interprétation téléologique «*consiste à éclairer le texte par le but que le législateur poursuit à travers lui*»¹⁸³. En l'espèce, il s'agit de comprendre l'objet et le but des dispositions de l'article 33 alinéa 1 sur le principe de non refoulement. En ce sens, nous examinerons les arguments téléologiques

¹⁸¹ *Id.*, 10, par. 31. et 43 (juge Simon Brown). Cette position avait déjà été énoncé dans l'arrêt *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service v. Haitian Center Council*, précité note 23 : «*because the text of Article 33 cannot reasonably be read to say anything at all about a nation's actions towards aliens outside its own territory, it does not prohibit such actions (of preventing asylum-seekers from reaching the border)*», p 183.

¹⁸² Ellen F. D'ANGELO, «Non-Refoulement : the Search for a Consistent Interpretation of Article 33», (2009) *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p 7, en ligne : <http://findarticles.com/p/articles/mihb3577/is142/ain31390919/> (consulté le 1 mars 2010).

¹⁸³ Paul DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p172.

démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement (a) et à l'opposé, les arguments téléologiques démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement (b).

a) Les arguments téléologiques démontrant que le traitement extraterritorial des demandes d'asile va à l'encontre du principe de non refoulement

Il faut tout d'abord noter le caractère profondément humanitaire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Cette caractéristique est, en effet, aujourd'hui éminemment reconnue et acceptée par la communauté internationale. Le préambule de la Convention ainsi que les multiples conclusions du Comité exécutif du HCR en sont la preuve¹⁸⁴. Selon Lauterpacht et Bethlehem, l'interdiction de refoulement figurant à l'article 33 alinéa 1 de la Convention relative au statut des réfugiés constitue le principe cardinal de la protection des réfugiés et incarne l'essence humanitaire de la Convention¹⁸⁵. Le principe de non refoulement possède ainsi, lui-même, un objet fondamentalement humanitaire, c'est-à-dire garantissant l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour les réfugiés. Dès lors, au travers du principe de non refoulement, les États ont une responsabilité humanitaire à l'égard des réfugiés. Ils doivent assurer leur protection contre le refoulement dans la mesure

¹⁸⁴ Voir sur ce point les deux premiers paragraphes de la Convention relative au statut des réfugiés : «*Considérant que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'Homme approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Considérant que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*»

¹⁸⁵ E. LAUTERPACHT et D. BETHLEHEM, préc., note 33, p 21.

où ce dernier empêche des violations ultérieures des droits de l'Homme. Selon le HCR :

*«... this principle reflects the commitment of the international community to ensure to all persons the enjoyment of human rights, including the rights to life, to freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and to liberty and security of person. These and other rights are threatened when a refugee is returned to persecution or danger.»*¹⁸⁶

À ce jour, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié supposent que les demandes soient traitées dans un pays de transit, tels que la Libye ou la Turquie, soit directement par les autorités sur place, soit par une délégation d'autorité européenne¹⁸⁷. Or, afin de respecter l'objet humanitaire du principe de non refoulement, un État devrait adopter des politiques qui assurent aux réfugiés l'exercice le plus large possible de ses droits et libertés fondamentales. Si l'on considère le cas de la Libye, qui n'est pas partie à la *Convention relative au statut des réfugiés* et qui ne possède donc aucun système de détermination du statut de réfugié, des doutes émergent quant à la possibilité de pouvoir offrir aux réfugiés la protection la plus large de leur droit, en l'occurrence ici celui du non refoulement. Dans le cas de la Turquie, malgré le fait que cette dernière soit partie à la *Convention relative au statut des réfugiés*, les réfugiés sont détenus en centre de rétention et régulièrement refoulés dans leur pays d'origine. Seuls les réfugiés européens bénéficient d'une protection¹⁸⁸. De

¹⁸⁶ H.C.R, préc., note 24 ; Voir aussi G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18 p 387 : «*Refugee status is implicitly required by the principle of non refoulement.*»

¹⁸⁷ Voir la partie II, 2.1 sur l'historique institutionnel de l'idée de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié.

¹⁸⁸ AMNESTY INTERNATIONAL, «Demandeur d'asile et réfugiés en Turquie», *Action*, 5 mars 2010, en ligne : http://www.amnesty.fr/index.php/agir/campagnes/refugies_et_migrants/actions/demandeurs_d_asile_et_refugies_en_turquie#01 (consulté le 10 mars 2010).

plus, il n'existe pas de procédure équitable et efficace de détermination du statut de réfugié. Ainsi, en créant un système de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, au lieu d'élargir la protection contre le refoulement, celle-ci se verrait réduite. Il apparaît dès lors très clairement que sans aucun changement de cette situation, un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié en Turquie ne respecterait pas l'objet du principe de non refoulement. De ce fait, pour le moment, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié n'est pas une solution qui garantisse un exercice le plus large possible des droits et libertés fondamentales. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le pays dans lequel est effectué le traitement des demandes de statut de réfugié n'est pas partie à la *Convention relative au statut des réfugiés* ou qu'il ne respecte pas les obligations qui en découlent.

D'autre part, si le principe de non refoulement poursuit comme but principal celui de ne pas renvoyer un individu ou de lui refuser l'entrée, il possède également un but relatif à l'accès à une procédure de détermination du statut de réfugié. En effet, selon le HCR, le principe de non refoulement est intrinsèquement lié à la détermination du statut de réfugié. Les États ont une obligation d'admettre les demandeurs d'asile, au moins temporairement, afin de leur fournir une procédure d'asile qui soit juste et efficace¹⁸⁹.

«Procedures or arrangements for identifying refugees should provide a guarantee against refoulement, by ensuring that persons who are entitled to protection do in fact receive it. (...) In UNHCR's view, respect for the principle of non-refoulement can therefore be most effectively ensured if claims to refugee status and asylum are determined substantively and

¹⁸⁹ Voir notamment les conclusions du Comité exécutif du H.C.R. suivantes : H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 22 (XXXII) relative à la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, Genève, 24 avril 1981 ; H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 82 (XLVIII) sur la sauvegarde de l'asile*, Genève, 17 octobre 1997 ; H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 85 (XLIX) sur la protection internationale*, Genève, 9 octobre 1998.

expeditiously.»¹⁹⁰

Dans le même sens, selon Goodwin-Gill et McAdam :

*«Non refoulement principle is most likely to be observed if there is access to a fair and effective procedure for the determination of claims to refugee status, in accordance with prevailing international standards. However formal effectiveness may be prejudiced by restrictions on access, for example, because of time limits, geographical limitations on the extent of obligations, policy reasons (...) or legal reasons (...).»*¹⁹¹

Or, dans le cas du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, cette restriction géographique d'accès à une procédure juste et équitable existe bien. En effet, aucune assurance n'existe à ce jour pour garantir que la protection accordée dans le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sera équivalente à celle proposée au sein de l'Union européenne. Par exemple, une détermination du statut de réfugié ne peut être juste et efficace que s'il est possible de faire appel d'une décision négative. Or, par définition la possibilité de bénéficier de ce droit d'appel ne peut pas être garantie si le traitement des demandes de statut de réfugié se fait à l'extérieur du territoire de l'État d'accueil. De même, on peut se questionner sur la garantie que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié puisse permettre l'accès à une aide juridique ainsi qu'à un interprète, deux aspects fondamentaux de l'accès à une procédure de détermination du statut de réfugié juste et efficace, résultant implicitement du principe de non refoulement. De plus, comme le rappelle Hathaway :

«... this duty cannot be avoided simply by asserting the existence of a

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, préc., note 18, p 396.

*responsibility-sharing agreement or the fact that the destination state is itself bound to honor duties under the Refugee Convention, as was made clear by the European Court of Human Rights.»*¹⁹²

Il existe donc un réel défi pour que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié affiche autant de garantie et d'assurance d'un respect effectif du principe de non refoulement que celles existantes au sein de l'Union européenne. Il est reconnu que :

*«... extraterritorial processing schemes are designed to prevent and deter access to statutory and judicial asylum safeguards in the country responsible for the interception and transfer of asylum seekers to a third country.»*¹⁹³

En ce sens, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne garantit pas un processus décisionnel juste et efficace et ne respecte donc pas le but de l'article 33. Autant au vu de l'objet que du but du principe de non refoulement, les États ont le devoir d'accorder aux réfugiés l'exercice le plus large possible de leurs droits et libertés. Or, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié n'est pas en mesure de garantir le respect de ces derniers. En effet, pour le moment, le traitement extraterritorial, dans son acception de base, affaiblit la protection des droits et libertés fondamentales au lieu de leur donner une application la plus large possible. Par ailleurs, il ne permet pas de garantir qu'une procédure juste et efficace de détermination du statut de réfugié soit offerte aux réfugiés. De nombreuses études sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié en sont la preuve puisqu'elles constatent toutes l'existence d'une réelle menace pesant sur les droits fondamentaux des

¹⁹² J. HATHAWAY, préc., note 18, p 326.

¹⁹³ A. FRANCIS, préc., note 161, p 273.

réfugiés¹⁹⁴.

En conclusion, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne permet pas de respecter le but et l'objet du principe de non refoulement et va de ce fait à son encontre. Malgré tout, il faut pouvoir analyser quelle est l'argumentation inverse.

b) Les arguments téléologiques démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement

Derrière le principe de non refoulement, les rédacteurs de la *Convention relative au statut des réfugiés* poursuivaient un but : celui de prévenir une violation ultérieure des droits et libertés fondamentales des réfugiés. Ces derniers ont, en effet, déjà subi une violation de leurs droits. Le principe de non refoulement cherche à éviter une situation identique en les prévenant d'être renvoyés dans les mains de leurs persécuteurs une nouvelle fois.

Le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, pour sa part, vise à ordonner le système de gestion des réfugiés en Europe et à faire en sorte que ces derniers puissent atteindre le territoire européen par une voie légale et sans s'exposer à un parcours qui mette en danger leur vie. L'objectif poursuivi, dès lors, est de garantir aux demandeurs d'asile et aux réfugiés la protection dont

¹⁹⁴ Susan KNEEBONE, Christopher MCDOWELL et Gareth MORREL, «A Mediterranean Solution? Chances of Success», (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 492 : «...extraterritorial processing should not be the main plank of such multilateral cooperation as it carries too many risks of breach of human rights» p 508 ; G. NOLL, préc., note 4 ; M. GARLICK, préc., note 10, p 629 ; Amnesty International, préc., note 10, M. FOSTER, note 11 ; A. FRANCIS, préc., note 160, p 275 : «In brief, the article observes that extraterritorial processing schemes are designed to prevent and deter access to statutory and judicial asylum safeguards in the country responsible for the interception and transfer of asylum seekers to a third country» ; Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, «The Extraterritorialisation of Asylum and the Advent of "Protection Lite"», (2007) Danish Institute for International Studies, Working paper no. 2, p 20.

ils ont besoin, et ce, le plus tôt possible. En ce sens, l'objet et le but poursuivis par le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sont en adéquation avec l'objet et le but du principe de non refoulement.

Au-delà de ces développements, des arguments historiques et contextuels doivent maintenant compléter notre démarche intellectuelle sur l'adéquation entre le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié et le principe de non refoulement.

2.2.3 Les arguments historiques et contextuels

Une argumentation contextuelle consiste notamment à évaluer une règle de droit au regard de la totalité du texte de droit auquel elle appartient, soit ici la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Il s'agit, entre autres, d'évaluer le contexte juridique du texte qui nous intéresse, soit l'article 33, à la lueur d'un autre texte de la même Convention. L'argumentation historique cherche, quant à elle, à éclairer un texte en le replaçant dans le contexte de sa genèse. Elle cherche à identifier les événements historiques qui ont mené à l'adoption du texte et également les développements législatifs qui entourent le texte.

a) Les arguments historiques et de contexte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes d'asile va à l'encontre du principe de non refoulement

Pour certains auteurs, et dans le sillon de l'argumentation téléologique, une lecture combinée des articles 1 et 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* place sur les États parties un devoir d'accorder un accès à une

procédure de détermination du statut de réfugié¹⁹⁵. Ainsi, si ce devoir n'est pas respecté, le principe de non refoulement pourrait être violé. Or, si le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié voulu par l'Union européenne venait à être pris en charge par un pays de transit pour le compte de cette dernière, l'obligation, pour l'Union européenne, de fournir accès à une procédure de détermination du statut de réfugié ne serait pas respectée. D'autres ont conclu que la protection contre le refoulement dépend de l'accès au territoire de l'État d'accueil. Dès lors, sans accès au territoire national de l'État en charge de déterminer le statut de réfugié, le principe de non refoulement ne peut être garanti¹⁹⁶. Toutefois, ces arguments reposent sur des postulats qu'aucune démonstration ne vient prouver.

b) Les arguments historiques et de contexte démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement

Si l'on s'attache à étudier l'article 33 d'après la totalité des articles de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés, on constate que cette dernière reste silencieuse sur la procédure de détermination du statut de réfugié. Elle la mentionne (voir article 9) mais ne la régit pas. Elle laisse à chaque État contractant le soin de fixer la procédure et les règles qui conduisent à la reconnaissance de ce statut. Ainsi, comme il a déjà été évoqué plus haut, aucune disposition de la *Convention relative au statut des réfugiés* n'interdit ou n'autorise le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. On peut donc en conclure que si les rédacteurs de la Convention avaient voulu interdire ce

¹⁹⁵ J. HYNDMAN et A. MOUNTZ, préc., note 177 ; Avis partagé par V. STOYANOVA, préc., note 38, p 5.

¹⁹⁶ *Id.* Vladislava STOYANOVA.

procédé, en raison du fait qu'il présente un risque d'incompatibilité avec les autres dispositions et notamment envers le principe de non refoulement, ils l'auraient fait. Par conséquent, la Convention n'impose pas que l'accès au territoire de l'État d'accueil soit un préalable au traitement de la demande de statut de réfugié.

Par ailleurs, si historiquement la protection des réfugiés étaient centrée sur la réinstallation et l'intégration des réfugiés dans de nouveaux pays, l'évolution des problèmes des réfugiés vers des situations de plus en plus complexes a conduit les États à ne plus se contenter des approches envisagées par la Convention. En effet, le problème des réfugiés s'incorporant peu à peu au mouvement des personnes au-delà des frontières, une réponse collective au problème est devenue nécessaire. L'ère des solutions intérieures est ainsi terminée. Au fil du temps, la priorité s'est déplacée de l'intégration dans d'autres pays à l'intégration locale et à la gestion des réfugiés à la source de leurs besoins. Dès lors, le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié s'inscrit pleinement dans cette évolution historique de la protection des réfugiés. En ce sens, l'étude du contexte juridique de la *Convention relative au statut des réfugiés* ainsi que son histoire ne permettent pas de dire que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement.

2.2.4 Les arguments *conséquentialistes*

L'argumentation conséquentialiste vise à anticiper et à inclure dans notre analyse d'adéquation les conséquences qui peuvent découler d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Ces situations peuvent être positives ou négatives et ainsi servir ou desservir notre objet d'étude.

a) Les arguments *conséquentialistes* démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement

Si le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié venait à voir le jour, il aurait pour conséquence de créer une situation d'iniquité envers ceux qui soumettent leur demande de statut de réfugié sur le territoire européen et ceux qui soumettent leur demande en dehors du territoire européen. En effet, le traitement des demandes de statut de réfugié à l'intérieur du territoire de l'Union européenne garantit une meilleure protection contre le refoulement qu'à l'extérieur de ce dernier. Les réfugiés n'auront donc pas accès à une procédure uniforme de détermination du statut de réfugié, ce qui est au détriment de ceux qui feront leur demande à l'extérieur du territoire. La conséquence d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sera donc un système de gestion des réfugiés à deux vitesses, l'un à l'intérieur de l'Union européenne garantissant un accès à une protection contre le refoulement satisfaisante et un autre à l'extérieur de l'Union européenne ne garantissant pas un accès à une protection satisfaisante.

Un autre argument *conséquentialiste* a trait à l'application potentielle du principe de pays tiers sûr dans la procédure de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. En effet, dans ce cas là, il est possible qu'un réfugié soit renvoyé vers un pays qui ne présente pas de risque pour lui mais qui ne possède pas de procédure de détermination du statut de réfugié et, dès lors, menace le respect du principe de non refoulement. Il est à craindre que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié entraîne de fait un certain nombre d'autre mesure telle que l'interdiction d'entrer sur le territoire d'un État européen sans au préalable être passé par une zone de traitement

extraterritoriale. Or, l'inévitable conséquence de cela est le renvoi pour les personnes, qui atteindront directement le territoire européen, vers des zones extraterritoriales de traitement de la demande de statut de réfugié. Ainsi, le traitement extraterritorial a pour conséquence pratique d'entraîner une inévitable restriction d'accès au territoire européen. La condition d'accès ou le préalable étant d'être passé par une zone de traitement extraterritorial.

Par ailleurs, on peut noter dans les faits que le traitement extraterritorial a pour autre conséquence de transférer une partie du traitement des demandes de statut de réfugié hors du territoire européen. Dès lors, on peut penser que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié a pour objectif d'éviter l'accès à un statut et à des garanties judiciaires dans des pays d'accueil européens. De plus, cela risque de créer un régime juridique dans lequel la protection est volontairement isolée du cadre juridique national ou européen¹⁹⁷. Or, tout cela a pour conséquence de menacer considérablement le principe de non refoulement. Ainsi, si le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre même de la lettre de l'article 33, il va sans aucun doute à l'encontre de son esprit.

b) Les arguments *conséquentialistes* démontrant que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne va pas à l'encontre du principe de non refoulement

L'objectif du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est de réduire le phénomène des flux mixtes afin de garantir que ceux qui ont besoin d'une protection peuvent en bénéficier. Il permet de donner une meilleure

¹⁹⁷ A. FRANCIS, préc., note 161, p 273.

visibilité à ceux qui ont besoin de protection et de ne pas les confondre avec les autres individus dont la vie et la liberté ne sont pas menacées, c'est-à-dire les 'simples migrants'. La conséquence d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est dès lors d'éviter à ceux qui auraient suivi un parcours illégal pour entrer sur le territoire d'un État, une protection le plus rapidement possible et sans danger. Il n'enlève en rien une protection contre le refoulement; au contraire, il protège contre le refoulement en évitant que les réfugiés tombent dans des situations de zones d'ombre pour le droit telles que les interceptions en mer où la pratique a démontré que les États ne respectent pas le principe de non refoulement¹⁹⁸.

Un traitement extraterritorial des demandes d'asile a également pour conséquence de mettre en place une arrivée organisée des réfugiés au sein de l'Union européenne. Or, cela garantit sans aucun doute une meilleure application des obligations des États, telle que le principe de non refoulement.

Les conséquences d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié démontrent donc que le principe de non refoulement n'est pas menacé : il renforce son efficacité dans la mesure où les États sont responsables de leurs actes sur le territoire et partout là où s'exerce leur juridiction.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Malgré l'absence de mise en œuvre de la proposition européenne de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, nous avons été en

¹⁹⁸ HRW, pré., note 87.

mesure d'en retracer un réel historique institutionnel et également de construire une argumentation permettant d'évaluer l'impact d'une telle proposition sur le principe de non refoulement. Certes, le débat reste ouvert dans la mesure où il est sujet à une évolution constante, mais en l'état actuel des connaissances, il nous semble qu'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié ne peut pas aller directement à l'encontre du principe de non refoulement. En effet, l'argumentation bâtie pour démontrer que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié va à l'encontre du principe de non refoulement étend la portée du contenu de l'article 33 alinéa 1 au-delà des règles d'interprétation des traités. Toutefois, l'exercice exégétique poursuivi devrait pouvoir fournir un point de départ à de prochaines recherches en la matière.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Est-ce que la proposition de la Grande-Bretagne relative à la mise en œuvre d'une procédure de traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est une proposition valide en droit ?

Au moment où nous en étions à faire nos toutes premières réflexions sur notre question de recherche, nous avons postulé que le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié contrevenait au principe de non refoulement. Or, notre recherche nous a conduits à comprendre que ce postulat n'était pas nécessairement fondé. Tout dépend de la perspective théorique adoptée pour faire les analyses.

Au fur et à mesure de notre revue de la littérature nous ayant servi à circonscrire notre objet de recherche, nous avons constaté l'existence d'une lacune dans la littérature juridique sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié. Cette lacune porte sur l'absence d'analyse de la perspective étatique à l'égard de notre question de recherche. Or cette absence nous est apparue problématique puisque l'État est l'acteur central dans tout ce débat. Il fallait donc mieux comprendre son point de vue. C'est pour cette raison que nous avons choisi de faire nos analyses en adoptant la théorie positiviste en droit. Il nous a semblé, mais il fallait le vérifier, que le discours étatique servant à justifier la validité de cette procédure s'inscrirait probablement dans ce cadre théorique. En d'autres termes, une analyse positiviste nous est apparue comme un passage obligé dans la mesure où nous étions convaincues qu'il n'aurait pas été possible de comprendre le fondement de la proposition de la Grande-Bretagne sans faire ce détour interprétatif.

Pour combler la lacune dans la littérature et répondre à notre question de recherche, nous avons axé nos analyses sur la norme de référence la plus contraignante pour les États en droit international des réfugiés. Il s'agit du principe de non refoulement. Nous avons cherché à vérifier si, au-delà des divers risques que ferait peser sur les droits des réfugiés un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, cette procédure pouvait être compatible avec le principe de non refoulement du point de vue de la théorie positiviste en droit.

Notre raisonnement a été guidé par deux questions spécifiques de recherche. L'une concernant la signification du principe de non refoulement à la lumière de son interprétation *rationae loci*. Et l'autre concernant l'impact de la

proposition du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sur le principe de non refoulement qui a été faite par la Grande-Bretagne. C'est en raison de l'existence de cette proposition que nous avons mis l'accent sur le droit de l'Union européenne pour circonscrire nos analyses.

Relativement à la première question spécifique de recherche, l'objectif fixé était de dépasser les clivages scientifiques et idéologiques du débat sur l'application extraterritoriale du principe de non refoulement par une analyse des deux facettes de l'argumentation. Il s'agissait de mieux faire comprendre le débat qui habite l'application extraterritoriale du principe de non refoulement. Au vu de nos analyses, il est possible d'apporter les conclusions suivantes. D'une part, selon l'interprétation que font la doctrine et les organisations non gouvernementales du principe de non refoulement, celui-ci devrait être applicable à la proposition faite au sein de l'Union européenne de traiter les demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire. D'autre part, à l'inverse, selon l'interprétation faite par les tribunaux nationaux et la pratique des États-Unis, la portée géographique du principe de non refoulement serait restreinte au territoire de l'Union européenne, excluant ainsi son application au traitement des demandes de statut de réfugié à l'extérieur du territoire de l'Union.

Par l'énoncé de notre deuxième question de recherche, nous poursuivions un double objectif. D'une part, il s'agissait de remettre en contexte la proposition du Royaume-Uni relative au traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié et, d'autre part, d'analyser sa compatibilité avec le principe de non refoulement. Sur le premier objectif, nous avons proposé une construction historique du discours européen sur le traitement extraterritorial des demandes de

statut de réfugié à partir de la documentation institutionnelle. Ce travail de recension constitue un apport important puisqu'il a permis de rassembler des informations qui sont difficilement accessibles et surtout très éparses. Cet historique a également permis de montrer que malgré l'ombre qui entoure la réflexion de l'Union européenne sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié, l'intérêt pour ce nouveau régime procédural de détermination de l'asile est réel et croissant.

Sur le deuxième objectif, nos analyses nous mènent à poser la conclusion suivante : le traitement extraterritorial n'est pas incompatible avec le principe de non refoulement. Cette conclusion a pu être tirée parce que nous avons choisi de faire des analyses fondées sur le positivisme juridique. Notre méthodologie a essentiellement constitué à un usage des méthodes d'interprétation classique du droit (texte, but, contexte et conséquence). Ces méthodes nous ont permis d'exposer autant les arguments favorables que défavorables à la proposition de la Grande-Bretagne. Par exemple, nous avons pu constater que les auteurs partisans de l'argument contraire, étendent indûment la portée juridique de l'article 33 alinéa 1. Dans l'état actuel des connaissances, leurs interprétations vont au-delà de ce qu'il est permis de faire en application des règles d'interprétation des traités. En somme, pour que ces arguments soient valides ils devront être reconnus comme tels par la jurisprudence. Aucune jurisprudence n'est venue confirmée l'interprétation selon laquelle le principe de non refoulement entraîne pour les États une obligation d'admission, au moins temporaire des demandeurs d'asile, ainsi qu'une procédure de détermination du statut de réfugié juste et efficace. C'est entre autres pour cette raison que, pour l'heure, la proposition du Royaume-Uni d'introduire une procédure de traitement

extraterritorial de demande des statuts de réfugié dans la politique d'asile de l'Union européenne est compatible avec le principe de non refoulement.

Dès le départ, nous étions conscientes des limites du positivisme juridique. Le caractère réducteur de ce type d'analyse a maintes fois été réitéré dans la littérature. En effet, les analyses strictement positivistes présentent un certain nombre d'écueils si elles ne sont pas complétées par d'autres études qui adoptent un angle de vue différent, c'est-à-dire plus social, éthique ou moral. La perspective positiviste ne permet pas de prendre en compte les valeurs, les principes ou les politiques qui guident le système international de protection des réfugiés. Une référence, par exemple, à la solidarité dans la répartition du fardeau de la protection des réfugiés ou à l'idée d'accueil et d'aide humanitaire est entièrement exclue d'une telle étude. Or, toutes ces variables forment une mise en contexte non négligeable dans la réflexion sur un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié.

Mais maintenant que cette étape préalable a été franchie –soit celle de mieux comprendre le point de vue étatique–, d'autres voies plus riches de recherche s'ouvrent. Il serait donc indiqué de continuer l'analyse sur le traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié en prenant en compte tous ces éléments manquants. Cependant, cela demande indéniablement des moyens humains, financiers et matériels dont nous ne disposons pas.

Enfin, il nous semble que les futurs chercheurs devront recontextualiser nos conclusions en les intégrant dans un ensemble plus vaste de connaissances sur cet objet de recherche. Par exemple, il est important de souligner que cette

recherche intervient dans une problématique plus large de gestion des flux migratoires. En effet, les États de l'Union européenne cherchent ouvertement à réguler les flux migratoires à destination de l'Europe, d'autant plus problématiques en raison d'une augmentation des flux mixtes¹⁹⁹. Cette régulation des flux migratoires cherche à mieux gérer l'entrée des réfugiés sur le sol de l'Union européenne et s'inscrit dans l'aspect du renforcement de la protection dans les pays d'origine. La véritable conséquence d'un traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié est de permettre uniquement l'admission des personnes dont la demande de statut de réfugié a été acceptée.

Au cœur de cette analyse sur l'impact du traitement extraterritorial des demandes de statut de réfugié sur le principe de non refoulement, il est donc fondamentalement question sur un plan procédural de la dissociation entre l'accès au territoire et le traitement de la demande de statut de réfugié. En effet, la séparation entre l'accès au territoire et l'attribution du statut de réfugié constitue un véritable changement de paradigme dans la protection des réfugiés. Elle institutionnalise un nouvel ethos de la protection²⁰⁰.

¹⁹⁹ Voir notre citation en début d'introduction note 1.

²⁰⁰ Thomas GAMMELTOFT-HANSEN, préc., note 192.

BIBLIOGRAPHIE

1. TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

1.1. UNION EUROPÉENNE

▪ Traités

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 364, 18 décembre 2000.

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239, 22 septembre 2000.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007, JO C 306, 17 décembre 2007.

Traité modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes - Protocoles annexés au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne - Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, signé le 02.10.1997, JO C 340, 10 novembre 1997.

▪ Documents du Conseil Européen

Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, Bruxelles, 10-11 décembre 2009.

Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, Bruxelles, 29-30 octobre 2009.

Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, Bruxelles, 18-19 juin 2009.

Conseil européen, *Programme multi-annuel pour l'espace de liberté, sécurité et justice au service du citoyen (Programme de Stockholm : une Europe ouverte et sûre pour le citoyen)*, 14449/09, Bruxelles, 16 octobre 2009.

Conseil européen, *Programme multi-annuel pour l'espace de liberté, sécurité et justice au service du citoyen (Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité, et la justice dans l'Union européenne)*, C/53/01, Bruxelles, 3 mars 2005.

Conseil européen de Thessalonique, *Conclusions de la présidence*, 19 et 20 juin

2003.

Conseil européen de Séville, *Conclusions de la présidence*, 21 et 22 juin 2002.

Conseil européen de Laeken, *Conclusions de la présidence*, 14 et 15 décembre 2001.

Conseil européen de Tampere, *Conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999.

Pacte européen sur l'immigration et l'asile, Conseil européen des 15 et 16 octobre 2008, Bruxelles.

▪ Communications de la Commission européenne

Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Une aire de liberté, sécurité et justice qui au service des citoyens, COM (2009) 262/4.

Communication au Conseil et Parlement européen, Plan d'action en matière d'asile : une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union, COM (2008) 360 final, 17 juin 2008.

Communication au Conseil et Parlement européen, Une stratégie relative à la dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, COM (2005) 491 final, 12 octobre 2005.

Communication au Conseil et Parlement européen relative aux programmes de protection régionaux, COM (2005) 388 final, 1er septembre 2005.

Communication au Conseil et Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine : Améliorer l'accès à des solutions durables, COM (2004) 410 final, 4 juin 2004.

Communication au Conseil et Parlement européen, Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés, COM (2003) 315 final, 3 juin 2003.

Communication au Conseil et Parlement européen sur la politique commune d'asile et l'agenda pour la protection, COM (2003) 152 final, 26 mars 2003.

Communication Conseil et Parlement européen sur la politique commune d'asile, introduisant une méthode ouverte de coordination, COM (2001) 710 final, 28 novembre 2001.

Communication au Conseil et Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM (2001) 672 final, 15 septembre 2001.

Communication au Conseil et Parlement européen, Vers une procédure d'asile commune et un statut uniforme valable dans toute l'Union, pour les personnes qui se voient accorder l'asile, COM (2000) 755 final, 22 septembre 2000.

Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, COM(2007) 301 final, Bruxelles, 6.6.2007.

▪ Autres documents de l'Union Européenne

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, Commission des migrations, des réfugiés et de la population, *Rapport sur une évaluation des centres de transit et de traitement en tant que réponse aux flux mixtes de migrants et de demandeurs d'asile*, Rapporteuse : Corien W. A. JONKER, Doc. 11304, Strasbourg, 1.10.2007.

«Entrée des réfugiés dans l'Union européenne et renforcement de leur protection dans les pays de premier asile», *Europa* en ligne :

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons asylumimmigration/114152fr.htm

PARLEMENT EUROPÉEN, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Rapport sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen : Vers des régimes d'asile plus accessibles, équitables et organisés*, Rapporteur : Luis Marinho, 2003/2155(INI), Strasbourg, 17.03.2004.

PARLEMENT EUROPÉEN, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, *Rapport sur la procédure d'asile et la protection dans les régions d'origine*, Rapporteur : Jean Denise Lambert, 2004/2121(INI), Strasbourg, 29.11.2004.

PARLEMENT EUROPÉEN, *Directive [2004/83/CE](#) du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, JO L 304/12, 30.9.2004.

1.2. TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A.G. res. 39/46, 1465 R.T.N.U. 85, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 331 R.T.N.U. 1155, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Convention relative aux statuts des réfugiés, 189 R.T.N.U. 150, entrée en vigueur le 22 avril 1954.

Déclaration sur l'asile territorial, A.G. res. 2312 (XXII), 22 U.N. GAOR Supp. (N°

16) à 81, U.N. Doc. A/6716 (1967).

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 à 71 (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (N° 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 R.T.N.U. 171, entrée en vigueur le 23 mars 1976.

Protocole relatif au statut des réfugiés, 606 R.T.N.U. 267, entrée en vigueur le 4 octobre 1967.

1.3. AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Convention américaine relative aux droits de l'homme, O.A.S. Treaty Series N° 36, 1144 R.T.N.U. 123, entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, 10 septembre 1969, 10011 R.T.N.U. 14691, entrée en vigueur le 20 juin 1974.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, STE n° 5, ouvert à la signature à Rome, le 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

International procedures for the protection of refugees : draft resolution / Assemblée Générale des Nations Unies, Denmark, 12 Novembre 1986, U.N. Doc. A/C.3/41/L.51.

2. JURISPRUDENCE

2.1 JURISPRUDENCE NATIONALE

European Roma Rights Centre and others c. Immigration Officer at Prague Airport and Another, (2004) United Kingdom House of Lords, 55, 2 A.C. 1., 9 décembre 2004.

Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service c. Haitian Center Council, (1993), Cour Suprême des États-Unis, 113 S.Ct. 2549, 509 US 155, 21 juin 1993.

2.2. JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

▪ Cour européenne des droits de l'homme

Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande* du 30 juin 2005, Rec. 2005-VI.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Bankovic et al c. Belgique et 16 autres États membres* du 19 décembre 2001, Requête n° 5207/99.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Issa et al. c. Turquie* du 16 novembre 2004, Requête n° 31821/96.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 18 décembre 1996, Rec. 1996-VI.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Soering c. Royaume Uni* du 7 juillet 1989, série A, n° 161.

▪ **Autres jurisprudences internationales**

Comité des droits de l'homme, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, 29 juillet 1981, N.U. Doc. CCPR/C/OP/1.

Comité des droits de l'homme, *Lopez Burgos c. Uruguay*, 6 juin 1979, N.U. Doc. A/36/40.

Commission inter-américaine des droits de l'homme, arrêt *Coard et autres. c. United States*, 29 Septembre 1999, requête n° 10.951.

Commission inter-américaine des droits de l'homme, arrêt *Haitian Center for Human Rights c. United States* ('US Interdiction of Haitians on the High Seas'), 13 mars 1997, requête n° 10.675.

Cour Internationale de Justice, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, 19 décembre 2005.

Cour Internationale de Justice, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 9 juillet 2004.

Cour Internationale de Justice, *Affaire du droit d'asile*, 20 novembre 1950.

Cour permanente internationale de justice, *Affaire du Lotus*, 7 septembre 1927, Série A – No.10.

3. DOCTRINE

3.1 MONOGRAPHIES

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Le droit d'asile*, Londres, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 121p.

ALLAND, D. et C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit d'asile*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, 693p.

DELNOY, P., *Éléments de méthodologie juridique*, 2e ed., Bruxelles, Éditions Larcier, 2006, 440p.

FELLER, E., T. VOLKER, et F. NICHOLSON, *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2008, 835p.

GOODWIN-GILL, G.S., *The Refugee in International Law*, 2^e éd., Oxford, Édition

- Clarendon Press, 1996, 584p.
- GOODWIN-GILL, G.S. et J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, 786p.
- GRAHL-MADSEN, A., *The Status of Refugees in International Law*, vol. 2, Leyden, Sijthoff, 482p.
- HATHAWAY, J., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Édition Cambridge University Press, 2005, 1184p.
- KNEEBONE, S., *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law, Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 341p.
- KNEEBONE, S., *The Refugee Convention 50 Years on : Globalization and International Law*, Burlington, Édition Ashgate, 2003, 338p.
- ROBINSON, N., *Convention Relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation, A commentary*, New York, Institute for Jewish affairs, 1953.
- WEIS, P., *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 383p.

3.2 CHAPITRES DE LIVRES

- CHETEIL, V., «Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international», dans Vincent CHETEIL (dir.), *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant Bruxelles, 2001, 3-61.
- GOODWIN-GILL, G., «Les principes du droit international sur les réfugiés», dans Sophie JELEFF (dir.), *Asile*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1995.
- KNEEBONE, S., «The Legal and Ethical Implications of Extraterritorial Processing of Asylum Seekers : the Safe Third Country Concept», dans Jane MCADAM (dir.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Portland, Hart Publishing, 2008, 129-155.
- LAUTERPRACHT, E. et D. BETHLEHEM, «The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement : Opinion», dans FELLER, E., T. VOLKER, et F. NICHOLSON, *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2008, 119-219.

3.3. ARTICLES DE REVUES

- AFEEF, K.F., «The Politics of Extraterritorial Processing : Offshore Asylum Policies in Europe and the Pacific», (2006) *Refugee Studies Center Working paper no. 36*, University of Oxford.
- BLACKMUN H., «The Haitian Refoulement Case : Dissenting Opinion», (1994) 6

- International Journal of Refugee Law* 71-84.
- D'ANGELO, E.F., «Non-refoulement : the Search for a Consistent Interpretation of Article 33», (2009) 42 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 279-315.
- DE VRIES, K., «An Assessment of Protection in Regions of Origin in Relation to European Asylum Law», (2007) 9 *European Journal of Migration and Law* 83-103.
- FOSTER, M., «Protection Elsewhere : the Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State», (2006-2007) 28 *Michigan Journal of International Law* 223-286.
- FRANCIS, A., «Bringing Protection Home : Healing the Schism Between International Obligations and National Safeguards Created by Extraterritorial Processing», (2008), 20 *International Journal of Refugee Law* 273-313.
- GAMMELTOFT-HANSEN T., «The Extraterritorialisation of Asylum and the Advent of "Protection Lite"», (2007) Danish Institute for International Studies, Working paper no. 2.
- GAMMELTOFT-HANSEN T., H GAMMELTOFT-HANSEN, «The Right to Seek Asylum Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in EU», (2008) 10 *European Journal of Migration Law* 439-459.
- GARLICK, M., «The EU Discussions on Extraterritorial Processing: Solution or Conundrum?», (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 601-629.
- GOODWIN-GILL, G., «Refugees and Responsibility in the Twenty-First Century : more Lessons Learned from the South Pacific», (2003) 12 *Pacific Rim Law and Public Policy Journal* 23-47.
- GOODWIN-GILL, G., «The Haitian Refoulement Case : a Comment», (1994) 6 *International Journal of Refugee Law* 103-109.
- HYNDMAN, J. et A. MOUNTZ, «Another Brick in the Wall? Néo-refoulement and the Externalization of Asylum in Australia and Europe», (2008) 43 *Government and Opposition* 249-269.
- KNEEBONE, S., C. MCDOWELL et G. MORREL, «A Mediterranean Solution ? Chances of Success», (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 492-508.
- KNEEBONE, S., «The Pacific Plan : the Provisions of Effective Protection», (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 696-721.
- MAGNER, T., «A less than Pacific Solution for Asylum Seekers in Australia», (2004) 16 *International Journal of Refugee Law* 53-90.
- MATHEW, P., «Australian Refugee Protection in the Wake of the TAMPA», (2002) 96 *The American Journal of International Law* 661-671.
- MORRIS, J.C., «The Spaces in between: American and Australian Interdiction Policies and their Implications for the Refugee Protection Regime», (2003) 24 *Refuge* 51-62.

- NEWMARK, R., «Non refoulement run Afoul : the Questionable Legality of Extraterritorial Repatriation Programs», (1993) 71 *Washington University Law Quarterly* 834-870.
- NOLL, G., «Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones», (2003) 5 *European Journal of Migration and Law* 303-341.
- NOLL, G., «Seeking Asylum at Embassies : a Right to Entry under International Law?», (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 542-573.
- STOYANOVA, V., «The Principle of Non-refoulement and the Right of Asylum Seekers to Enter State Territory», (2008) 3 *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* 1-11.
- H.C.R., «The Concept of Protection Elsewhere», (1995) 7 *International Journal of Refugee Law* 123-127.
- H.C.R., «Brief Amicus Curiae : The Haitian Interdiction Case», (1993) 6 *International Journal of Refugee Law* 85-102.
- VANDVIK, B., «Extraterritorial Border Controls and Responsibility to Protect : a View from ECRE», (2008) *Amsterdam Law Forum* 27-35.

3.4. CONFÉRENCES

- BLANCHARD, E., *Qu'est ce que l'externalisation?*, Communication présentée à la journée d'étude du GISTI : «L'externalisation de l'asile et de l'immigration. Après Ceuta et Melilla, les stratégies de l'Union européenne», 20 mars 2006.
- HATHAWAY, J., R.P.G. HAINES, M. FOSTER et autres, *The Michigan Guidelines on protection elsewhere*, Document issu du quatrième «Colloque sur les défis en droit international des réfugiés», University of Michigan Law School, Michigan, 3 janvier 2007.
- KLUG Anja, *The concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, Communication présentée au «Colloque de Cuenca en droit international des réfugiés», Cuenca, 2 octobre 2009.

3.5 RAPPORTS ET COMMUNIQUÉS

- AMNESTY INTERNATIONAL, «Turkey: Stranded: Refugees in Turkey Denied Protection», *Rapport*, EUR 44/001/2009, 22.04.2009, en ligne : <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR44/001/2009/en/0f217291-cae8-4093-bda9485588e245d8/eur440012009en.pdf>
- AMNESTY INTERNATIONAL, «Demandeur d'asile et réfugiés en Turquie», *Action*, 5.03.2010, en ligne : http://www.amnesty.fr/index.php/agir/campagnes/refugies_et_migrants/action/s/demandeurs_d_asile_et_refugies_en_turquie_-_01

AMNESTY INTERNATIONAL, «UK/EU/UNHCR Unlawful and Unworkable – Amnesty International's Views on Proposals for Extraterritorial Processing of Asylum Claims», IOR 61/004/2003, 17.06.2003, en ligne : <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IO61/004/2003/en/1f7ab5e7-d6d0-11dd-ab95-a13b602c0642/ior610042003en.pdf>

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur la politique d'asile européenne*, Paris, 29.04.2003.

COMITÉ CONTRE LA TORTURE, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture concernant les États-Unis*, CAT/C/USA/CO/2, 25.07.2006.

COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME., *Observation générale n° 20 : article 7 (Interdiction de la torture, ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)* , Doc UN HRI/GEN/1/Rev.8, 10 mars 1990, en ligne [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3efcf298e4bebd36c12571b5004ff545/\\$FILE/G0641865.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/3efcf298e4bebd36c12571b5004ff545/$FILE/G0641865.pdf)

DÉLÉGATION FRANÇAISE, Note au Conseil européen, *La situation migratoire en Méditerranée: établir a partenariat avec les pays d'origine et de transit des migrants, améliorer les opérations maritimes conjointes des États membres et trouver des solutions innovantes pour l'accès aux procédures d'asile*, Doc 13205/09, Bruxelles, 11.09.2009.

ECRE, *EU Shouldn't Shift Asylum its Responsibility for Refugees to Africa*, Bruxelles, juin 2009.

ECRE, *Ministers Must Ensure Respect for the Right to Seek Asylum in Europe*, Bruxelles, 3.06.2009.

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME, *Union Européenne et droit d'asile: de grave menace à la protection des réfugiés*, Migration et politique d'asile, 2004.

GOVERNEMENT DU ROYAUME-UNI, Ministère de l'intérieur, *New Vision for Refugees*, Londres, 07.03.2003.

H.C.R., *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, Genève, 2007.

H.C.R., Département de la protection internationale, *Agenda pour la protection*, Genève, juin 2004.

H.C.R., *Convention Plus*, Genève, Version actualisée, 20.05.2003.

H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 85 (XLIX) sur la protection internationale*,

- Genève, 9.10.1998.
- H.C.R., *Note sur le principe de non refoulement* (présentée par le haut Commissaire), Luxembourg, 4-5.11.1997.
- H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 82 (XLVIII) sur la sauvegarde de l'asile*, Genève, 17.10.1997.
- H.C.R., *Guide de procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 1P/4/FRE/REV.1, 1979, réédité à Genève le 1.01.1992.
- H.C.R., Sous comité sur la protection internationale, *Note sur la solidarité internationale et la protection des réfugiés*, EC/SCP/50, Genève, 13.07.1988.
- H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 22 (XXXII) relative à la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, Genève, 24.04.1981.
- H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 15 (XXX) sur les réfugiés sans pays d'asile*, Genève, 16.10.1979.
- H.C.R., Comité exécutif, *Conclusion N° 6 (XXVIII) sur le principe de non refoulement*, Genève, 12.10.1977.
- H.C.R., Comité ad hoc. sur les réfugiés et les apatrides, *International Status of Refugees and Displaced Persons : Draft Convention Relating to the Status of Refugees*, New York, 2.02.1950, en ligne : <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=printdoc&docid=3ae68c1c10>>
- HUMAN RIGHTS WATCH, *Pushed Back, Pushed Around, Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*, New York, septembre 2009.
- JUSTICE AND HOME AFFAIRS MINISTERS, *Determining an Approach for the External Dimension of the European Asylum Policy*, Luxembourg, 27-29.09.2005.
- NOLL, G., J. FAGERLUND et F. LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, 2002, Danish Institute of Human Rights, Commission européenne.
- RODIER, C., *Analysis of the External Dimension of the Eu's Asylum and Immigration Policies*, 2006, Parlement européen, Direction générale de la politique extérieure.
- SECRETARIAT OF THE INTERGOVERNMENTAL CONSULTATIONS ON

MIGRATION, ASYLUM AND REFUGEES, *Working Paper on Reception in the Region of Origin*, Genève, août 1995.

STRAW, J., *An Effective Protection Regime for the 21 Century*, Speech to the IPPR, 6.02.2001, en ligne :
<http://www.statewatch.org/news/2001/feb/01straw.htm>

3.6 THÈSE

GAMMELTOFT-HANSEN, T., *Access to Asylum : International Refugee Law and the Off-shoring and Outsourcing of Migration Control*, Thèse de doctorat, Aarhus, Aarhus University, 2009.

3.7 ARTICLES DE JOURNAUX

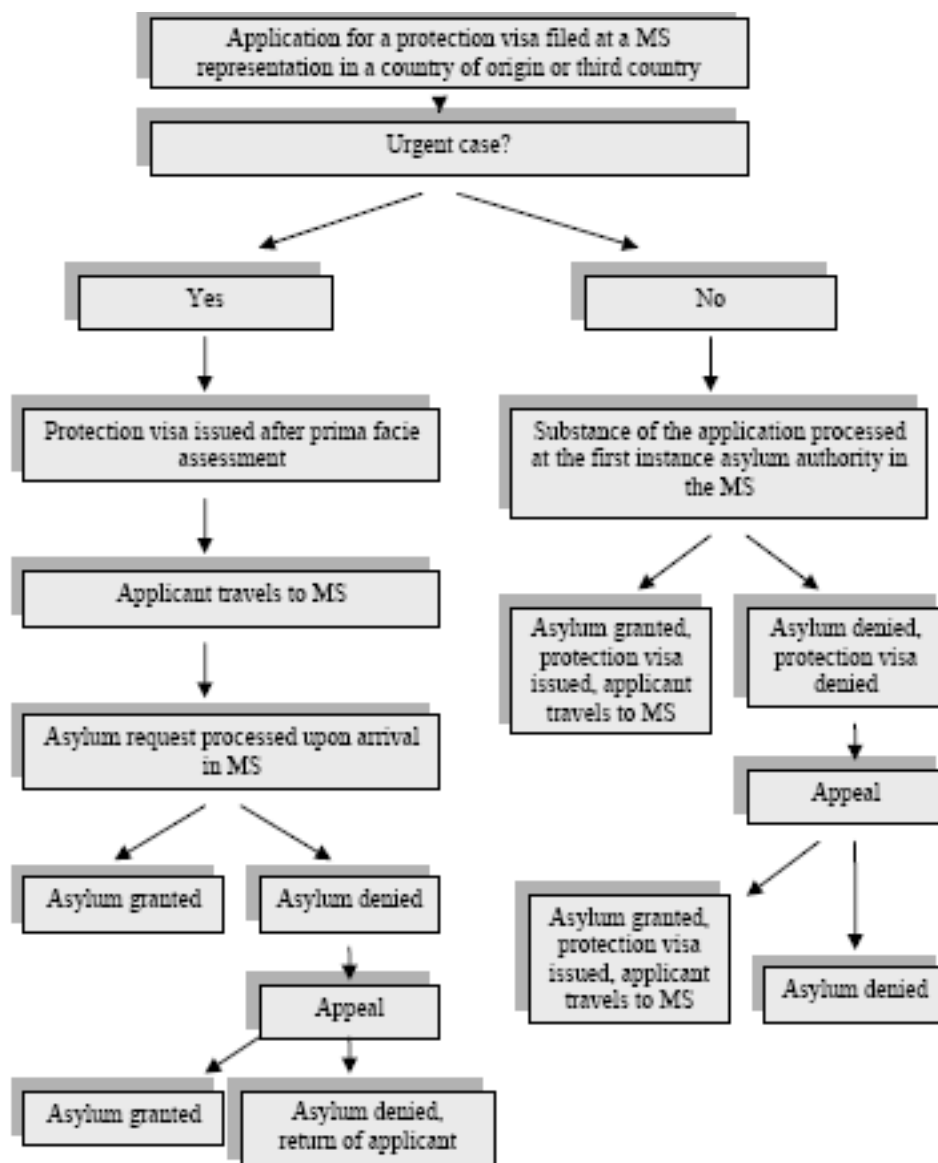
CRÉPEAU, F., G. HECKMAN, N. LA VIOLETTE et S. REHAAG, «Réfugiés écartés: La protection des demandeurs d'asile n'est pas un acte de générosité mais une obligation juridique du Canada», *La Presse* (Montréal), 12.11.2009, p A22, en ligne :<http://oppenheimer.mcgill.ca/IMG/pdf/Opinion_FC_et_al.pdf>.

«Barrot : l'Europe doit être généreuse et rigoureuse», *Le Figaro*, 10 octobre 2010.

«Barrot veut des points d'accueil pour les migrants», *Europe 1*, 12 juillet 2009.

ANNEXE I

Schéma de mise en œuvre de la proposition sur une directive commune de protection des réfugiés (cf. note de bas de page numéro 96).



ANNEXE II

Schéma de la mise en œuvre de la proposition de visa Schengen asile (note de bas de page numéro 96)

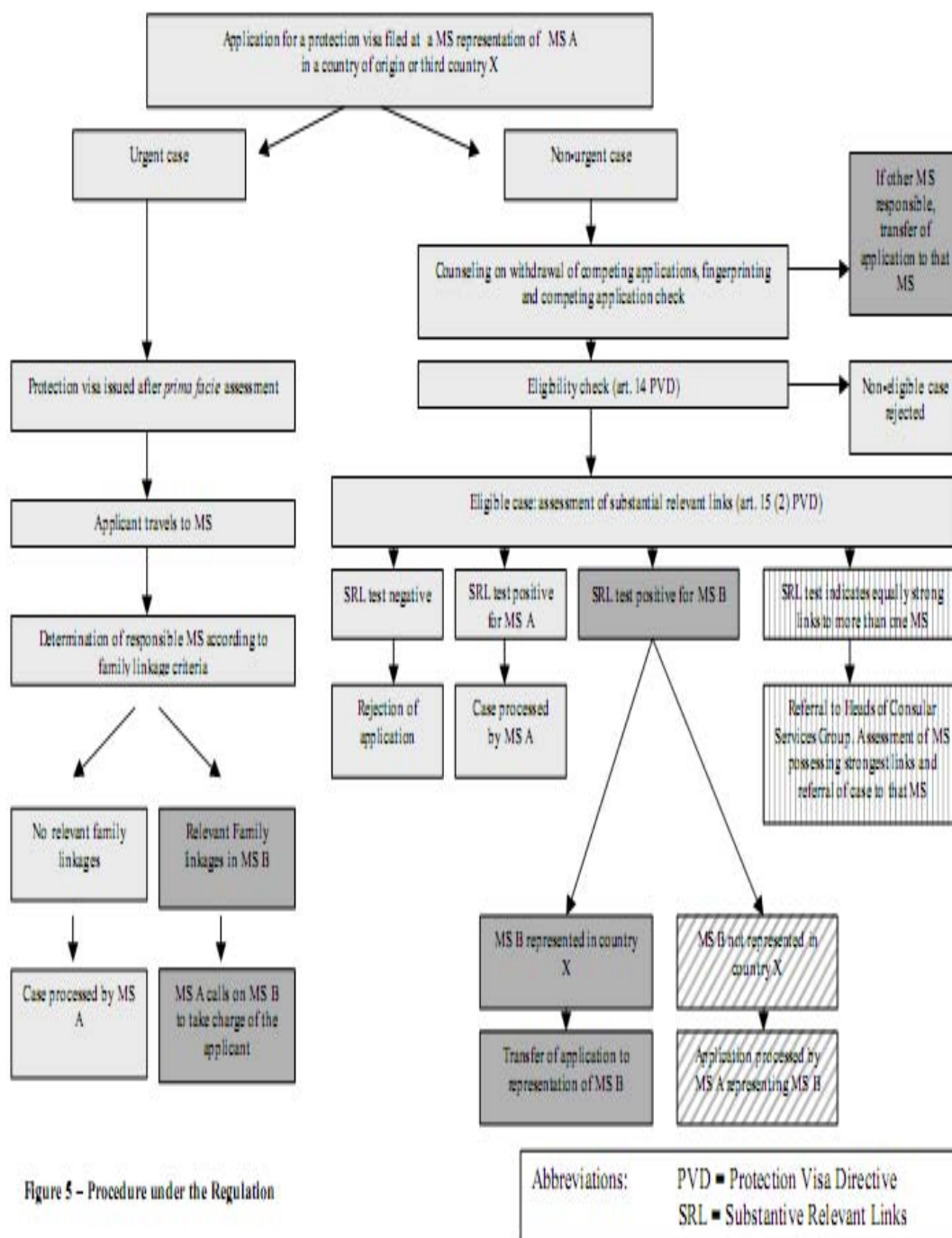


Figure 5 – Procedure under the Regulation